جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

بيع ملك الغير

دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إعداد
أيمن محمد حسين ناصر

إشراف
الدكتور علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسـات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2006م

بيع ملك الغير

دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إعداد

أيمن محمد حسين ناصر

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 18- 5- 2006 وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة: **التوقيع**

- الدكتور علي السرطاوي/ (مشرفاً ورئيسا)

- الأستاذ الدكتور أمين دواس/ (عضواً)

- الدكتور غسان عمر / (عضوا)

الإهداء

إلى أرواح الشهداء فوق كل أرض وتحت كل سماء.

إلى من قرن ا سبحانه عبادته وطاعته بالإحسان اليهما وبرهما

إلى من ربياني على حب العلم والفضيلة وأسمى القيم

إلى والدي أطال ا في عمرهما.

إلى من تحملا الصعاب وآلام الانتظار لمثل هذا اليوم

إلى من شغلتني الدراسة عن همهم

إلى زوجتي العزيزة وأبنائي الأحباء محمد وميس.

الشكر والتقدير

الشكر والحمد   رب العالمين الذي أعانني على إتمام هذه الدراسة،،،

ومن ثم أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي في كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية الذين تتلمذت على أيديهم.

و أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور الفاضل علي السرطاوي عميد كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية، الذي غمرني بعلمه ولطفه وكرمه، فكان له فضل كبير في الإشراف على هذه الرسالة، بما قدمه لي من نصح و توجيهات.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لأستاذي الدكتور أمين دواس عميد كلية الحقوق في الجامعة العربية الأمريكية الذي زرع في نفسي حب البحث في القانون المدني.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأستاذي الدكتور غسان عمر أستاذ القانون الخاص في جامعة النجاح الوطنية الذي كان خير أستاذ لي في مرحلة الماجستير، إذ لم يأل جهدا في تعليمي وتوجيهي ونصحي.

قائمة المحتويات

بيع ملك الغير

دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إعداد

أيمن محمد حسين ناصر

إشراف

الدكتور علي السرطاوي

الملخص

موضوع هذا البحث مسألة بيع ملك الغير دراسة مقارنة في ضوء القـانون الوضـعي والفقه الإسلامي.

اشتمل هذا البحث على فصل تمهيدي بينت فيه ماهية البيع في اللغة والقـانون والفقـه، وقارنت بين هذه المفاهيم الثلاثة.

في الفصل الأول، تناولت مفهوم بيع ملك الغير في القانون الوضعي والفقه الإسـلامي، وقارنت بين هذين المفهومين، ثم قمت بتحديد نطاق بيع ملك الغير، فحددت عناصر هذا البيـع وما يخرج عن نطاقه وميزته عن بعض الأنظمة التي يشتبه بها.

وفي الفصل الثاني بحثت موضوع الطبيعة القانونية لبيـع ملـك الغيـر فـي القـانون الوضعي، فتناولت النظريات التي قيلت في هذا الشأن على النحو التالي:

1- نظرية الفسخ.

2 نظرية العقد الموقوف.

3- نظرية البطلان المطلق.

4- نظرية البطلان النسبي.

5- نظرية البطلان من نوع خاص.

وبعدها تناولت النظريات التي قيلت في تأصيل بيع ملك الغير حسب الفقه الإسلامي وهي:

1- نظرية بطلان بيع ملك الغير.

2- نظرية توقف بيع ملك الغير.

وبعد ذلك قارنت ما بين الفقهين الإسلامي والقانوني في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، فدرست أحكام العقد الموقوف وأحكام العقد القابل للإبطال، وأي العقدين أنسب لحالة بيع ملك الغير.

وفي الفصل الثالث بحثت موضوع بيع عقار الغير، فبدأت بتحديد الطبيعة القانونية لبيع العقار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي وأجريت مقارنة ما بين الاتجاهين. وبعدها انتقلت إلى تحديد الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب القانون الوضعي والفقهي الإسلامي، وأجريت أيضا مقارنة بين المفهومين القانوني والفقهي من مسألة بيع عقار الغير.

وفي الفصل الرابع تناولت أحكام بيع ملك الغير، فدرست أولا أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين، ومدى أحقية كل من المشتري والبائع في إبطال بيع ملك الغير وموقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة، وأيضا مدى حق المشتري في المطالبة بالتعويض حسب الفقهين القانوني والإسلامي ومصدر هذا التعويض حسب الاتجاهين القانوني والإسلامي. وبعد ذلك تناولت حالات تصحيح بيع ملك الغير وهي:

1- سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بالتقادم.

2- إجازة المشتري للبيع.

3- تملك المشتري المبيع.

4- تملك البائع المبيع.

وبعد ذلك تناولت أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي. فدرست موضوع إقـرار أو إجازة المالك البيع الوارد على ملكه، وهذا استدعى في البداية دراسة مفهوم كل من الإقـرار والإجازة حسب المفهومين القانوني والإسلامي والفرق بين المصـطلحين فـي ظـل الفقهـين. وانتقلت بعدها إلى فرضية عدم إقرار المالك للبيع، وفي هذه الفرضية نشأ عندنا علاقتين للمالك الحقيقي، الأولى علاقته بالمشتري، والثانية علاقته بالبائع. أما في فرضية إقرار المالك الحقيقي للبيع فقد ترتب على ذلك ثلاثة نتائج هما:

1- سريان البيع في حق المالك.

2- سقوط حق المشتري في طلب البطلان.

3- علاقة ما بين المالك الحقيقي والمشتري.

وأخيرا بحثت في أحكام بيع ملك الغير في حالة البيوع المتتالية.

ثم تلى ذلك خاتمة، تضمنت نتائج البحث وتوصياته.

المقدمة

يعتبر البيع من أقدم وأكثر العقود الشائعة في الحياة العملية، ونظرا لانتشاره وشيوعه في التعامل فقد حظي تنظيمه في التقنينات الحديثة بنصوص قانونية عديدة، ذلك أن هدف القانون حماية المالك حماية شاملة بمنع الغير من الاعتداء على ملكه، حيث أن مالك الشيء وحده، له حق التصرف في ملكه، ولكن قد يحدث أحيانا أن يصدر التصرف من غير مالك الشيء، فالأب قد يبيع ملك ولده باعتباره أصيلا عن نفسه لا نائبا، والزوج قد يبيع ملك زوجته باعتباره أصيلا أيضا لا نائبا، وكثيرا ما يبيع الحاضرين أموال الغائبين، فهذه البيوع كلها تدخل في نطاق بيع ملك الغير أو كما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي.

وبيع ملك الغير يتعارض من الناحية المنطقية بل والقانونية مع القول الفقهي " فاقد الشيء لا يعطيه " وتبدوا المشكلة أعظم إذا ما علمنا أن القوانين والأنظمة المتعلقة بالتسجيل أوالشهر العقاري المطبقة على البيوع العقارية تعارض بيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن بيع ملك الغير كثير الوقوع في الحياة العملية.

لهذا نجد أن التشريعات الوضعية ليست موحدة في موقفها من التأصيل القانوني لبيع ملك الغير، بل إن الفقهاء العرب اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، وذلك بسبب الصياغة الفنية لنصوص القوانين المدنية المتعلقة بموضوع الدراسة، حيث أن هذه النصوص في معظمها استمدت من الفقه الغربي وبالأخص من القانون المدني الفرنسي الذي جاء بنص غامض يقضي ببطلان بيع ملك الغير - دون أي تفصيل لأحكامه - والآثار القانونية المترتبة عليه إن وقع، وحتى الفقه الإسلامي في تكييفه للطبيعة القانونية لبيع الفضولي لم يكن موقفه موحدا من هذه المسألة.

ومن الطبيعي أن يلقى هذا الخلاف الفقهي في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في ظلاله على الآثار القانونية المترتبة عليه إذا ما وقع.

والمبررات السابقة ليست وحدها التي تكمن وراء اختياري لموضوع هذه الدراسة، فهناك أخرى غيرها تعطي لهذا الموضوع أهمية خاصة كانت مبررا لاختياره موضوعا لهذه الدراسة، وأجمل تلك الأسباب فيما يلي:

1- تكمن أهمية هذه الدراسة فيما يترتب على بيع ملك الغير من آثار قانونية تنعكس في نطـاق الحياة العملية للمجتمع.

2- ضرورة توعية المجتمع الفلسطيني بأحكام بيع ملك الغير حتى لا يثـري أشـخاص علـى حساب أشخاص آخرين بدون وجه حق، وهذا من شأنه أن يحافظ على الكسب المشروع.

3- طرح توصيات للهيئات المختصة للتغلب على الإرباك الموجود فـي صـياغة النصـوص المتعلقة بموضوع الدراسة، لا سيما أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لا زال قيد الدراسة.

الجهود السابقة

لأن دراستي ستكون مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، توجهت أولا إلى كتب الفقهاء المسلمين فوجدت أنهم تطرقوا لمسألة بيع الفضولي أثناء بحثهم بعض المسائل المتعلقـة بالعقـد الموقوف وبناء عليه بينوا رأيهم في مسألة بيع الفضولي، وأكثر المذاهب التي بحثت هذه المسألة المذهب الحنفي الذي ذكر فيه أكثر من رأي في أحكام بيع الفضولي.

وعند فقهاء القانون لم أعثر على دراسة متكاملة وتفصيلية لأحكام بيع ملك الغير، وإنمـا جـاء شرحهم لهذا الموضوع في سياق بحثهم لعقد البيع بشكل عام تحت عنوان أنواع البيوع بصـفته نوع منها.

أما المعاصرون من فقهاء القانون الوضعي الذين بحثوا في بيع ملك الغير بشكل مستقل لم تكـن دراستهم مقارنة بالقوانين التي أردناها كالقانون المدني المصري وقـانون الموجبـات والعقـود اللبناني ، مع القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي ومرشد الحيران ومجلة الأحكـام العدلية المستندة إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي من كل مسألة من مسائل البحـث كونهـا القانون المدني المطبق في فلسطين.

ونضيف إلى ذلك أيضا بأن هناك بعض المسائل المتعلقة بموضوع هذه الدراسة لم تبحـث مـن قبل على نحو متكامل، فبقيت دون بحث أو بحثت بصورة عرضية أو بالإشارة إليها فقط، ونشير في هذا المجال إلى ثلاث مسائل ستشغل جزءا كبيرا من صفحات هذه الدراسة وهي:

1- مسألة الربط بين أحكام القانون المدني المقارن والقواعد الفقهية على المـذاهب الإسـلامية المقارنة وترجيح الأصوب منها في مختلف أحكام بيع ملك الغير وترتيب النتائج التـي سـوف تترتب على الأخذ برأي دون الآخر.

2- موضوع الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير، هذا الموضوع لم يبحث بالشكل المناسب من قبل الباحثين المعاصرين، ذلك أنهم اكتفوا بالنتيجة التي أشار إليها فقهاء القانون المدني دون البحـث عن مدى صحة هذه الآراء من عدم صحتها لا سيما وأن القوانين العقارية ليسـت متحـدة فـي موقفها من هذه المسألة.

3- وأيضا موضوع البيوع المتتالية لم يلق هو الآخر أية أهمية من البـاحثين علمـا أن الحيـاة العملية أثبتت إمكانية وقوع مثل هذه الإشكالية.

منهج البحث:

1- اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي لأنني سوف أعمل على تحليـل النصـوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والوقوف على الاجتهادات القضـائية بتحليلهـا وبيـان المبـدأ القانوني التي تقوم عليه.

2- واعتمدت في هذه الدراسة أيضا على المنهج المقارن لأنني سوف أبين في هـذه الدراسـة المواقف القانونية في مصر ولبنان والأردن والعراق وفلسطين ومقارنتها مع المذاهب الفقهيـة، الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية والظاهرية.

هذا وقد جاء البحث على النحو التالي:

أولا: الفصل التمهيدي وتكلمت فيه عن ماهية البيع.

ثانيا: الفصل الأول، وتكلمت فيه عن مفهوم بيع ملك الغير وتحديد نطاقه.

ثالثا: الفصل الثاني: وتكلمت عن الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير.

رابعا: الفصل الثالث: وفيه بحثت موضوع بيع عقار الغير.

خامسا: الفصل الرابع وفيه تكلمت عن أحكام بيع ملك الغير.

سادسا: ثم تلا ذلك خاتمة، تضمنت نتائج البحث وتوصياته.

سابعا: وقائمة للمراجع والمصادر.

على الرغم أنني أحاول قدر الإمكان الخروج برسالة علمية مميزة، إلا أن الأمر لم يخـل مـن بعض الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الأطروحة وبالأخص فيما يتعلق بالحصول علـى المراجع والمصادر، لاسيما أن المكتبات القانونية في فلسطين لا زالـت حديثـة العمـر، ممـا اضطرني إلى السفر إلى الجامعات الأردنية لتوفير المراجع والمصادر إضافة إلى استيراد بعض المراجع من الجامعات المصرية.

وفي الختام أرى أنه من الواجب علي أن أتقدم بخالص شكري وتقديري إلـى الـدكتور علـي السرطاوي المشرف على هذا البحث الذي شجعني على إجراء المقارنة مـع الفقـه الإسـلامي وأفادني بتوجيهاته.

والسلام عليكم ورحمة ا وبركاته

الفصل التمهيدي

ماهية عقد البيع

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف البيع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف البيع في اللغة

المطلب الثاني: تعريف البيع في القانون

المطلب الثالث: تعريف البيع في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: المقارنة بين التعريف اللغوي والفقهي والقانوني لعقد البيع

وفيه مطلبين:

المطلب الأول: المقارنة بين التعريف اللغوي والتعريفين القانوني والفقهي لعقد البيع

المطلب الثاني: المقارنة بين التعريف الفقهي وبين التعريف القانوني لعقد البيع

الفصل التمهيدي

ماهية عقد البيع

المبحث الأول: تعريف البيع

نظرا لاعتبار بيع ملك الغير صورة من عقد البيع، ونظرا لأن بيع ملك الغير يفترض نقل ملكية الشيء ممن لا يملكه، رأينا أنه من الضروري تعريف عقد البيع لنرى ما إذا كان نقل الملكية حكما لعقد البيع أم مجرد أثر يترتب عليه، لهذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول نعرف البيع في اللغة، وفي المطلب الثاني نعرف البيع في القانون، وفي المطلب الثالث نعرف البيع في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف البيع في اللغة

يقول العلامة الفيومي في المصباح المنير:

"باع يبيعه بيعا ومبيعا فهو بائع وبيع، وأباعه بالألف:لغة. والبيع من الأضداد، مثل الشراء، فباع واشترى كذلك بمعنى واحد، وابتاع واشترى كذلك بمعنى واحد، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، لكن إذا أطلق البائع، فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة......والأصل في البيع: مبادلة مال بمال، لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازا، لأنه سبب التمليك والتملك"[(1)].

وفي لسان العرب: "مصدر باع، نقول:باع الشيء بيعا، إذا أخرجه عن ملكه بعوض، ونقول باعه مبايعة عقد معه عقد بيع، فهو مقابلة شيء بشيء على وجه المعاوضة"[(2)].

إذا البيع في اللغة يحمل معنى المبادلة أو المعاوضة من قبل كل من البائع والمشتري فكلاهما يأخذ شيئا من الأخر.

---

(1) الفيومي، أحمد بن علي المقري: **المصباح المنير**، ط1، القاهرة، دار الحديث، 2000، ص46، 47.

(2) ابن منظور، كمال الدين بن مكرم: **لسان العرب**، ج8، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، 1975 ص 23.

المطلب الثاني: تعريف البيع في القانون الوضعي

عرف التقنين المدني المصري، البيع في المادة (418) منه بما يلي:

"البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"

وبهذا التعريف أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (372) فعرف البيع بأنه:

"عقد يلتزم فيه البائع، أن يتفرغ عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه"

واضح أن المشرعين المصري واللبناني قد عرفا عقد البيع بآثاره[1] لذا كان حكـم عقـد البيـع ـ في ظل هذين التعريفين ـ هو التزام البائع بنقل الملكية، ودون هذا الالتزام لا تنتقل الملكيـة إلى المشتري.

المطلب الثالث: تعريف البيع في الفقه الإسلامي

لقد اقتربت التعريفات الفقهية لعقد البيع من حيث المضمون، بحيث تكاد تكون متفقة على تعريف البيع، فعرف الحنفية البيع بأنه "مبادلة مال بمال بشرط التراضي أو مبادلة مـال بمـال بالتراضي بطريق الاكتساب"[2].

وعرف الحنابلة عقد البيع على أنه "مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا"[3].

---

(1) ويعيب الدكتور إسماعيل غانم على المشرع المصري تعريفه لعقد البيع بالالتزامات التي تترتب عليه، ويرى بأنه كان يجب على المشرع تعريف العقد ببيان العناصر المكونة له لا بآثاره، وجوهر العقد ليس هو الأثر الذي يترتب عليه بل هو التراضي على ترتيب ذاك الأثر. لذلك فهو يعرف عقد البيع بأنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم.... الخ" غانم، إسـماعيل: **مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع**، د.ط، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، 1958، ص16.

ولكن بالرغم من وجاهة الانتقاد المذكور، إلا أن التعريف الذي جاء به الدكتور إسماعيل غانم يسلم بأن انتقال الملكية أثـر للعقد، وهذا الموضوع محل نظر لدى الكثير من الفقهاء ونر جيء البحث في هذه المسألة بعد البحث فـي موقـف الفقـه الإسلامي من عقد البيع حتى تكتمل لنا الصورة.

(2) الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: **فتح القدير شرح الهداية**، ج5، د.ط، د.ن، 1316، ص454.

(3) ابن قدامة، عبد ا بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد: **المغني**، ج4، ط3، مطبعة المنار، 1367، ص4.

وعرف الشافعية البيع بأنه "مبادلة المال بالمال أو نحوه تمليكا"[1].

وعرف المالكية البيع بأنه "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة"[2].

واضح من التعريفات الفقهية السابقة أن عقد البيع هو مبادلة مال بمال. وهذا يدل على أن الملكية في عقد البيع حسب مفهوم الفقه الإسلامي تنتقل بمجرد العقد مباشرة، بحيث يصبح المشتري مالكا للمبيع بمجرد انعقاد العقد. وجاء في البدائع"وأما بيان صفة الحكم له...الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال، بخلاف البيع بشرط الخيار لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع وقوعه تمليكا للحال، وبخلاف البيع الفاسد، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيعتبر تمليكا عنده"[3].

وجعل الفقه الإسلامي نقل الملكية حكما للعقد لا أثرا، يؤكد خلو الشريعة الإسلامية من القيود إذ التراضي وحده كاف لانعقاد العقد.

وعلى هذا الأساس الفقهي عرف صاحب مرشد الحيران[4] عقد البيع في المادة (343) على أنه "تمليك البائع مال للمشتري بمال يكون ثمنا للمبيع" ويؤخذ على هذا التعريف بأنه بيان لأثر عقد البيع وليس تعريفا لعقد البيع[5].

لهذا حسنا فعل كل من المشرع الأردني والعراقي بتأثرهم في التعريف الذي جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (105) والتي عرفت البيع بأنه "مبادلة مال بمال.... "وهو نفس التعريف الذي ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (506) من التقنين المدني. وبنفس المعنى

---

(1) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: **المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية**، ج9، د.ط، القاهرة، المطبعة المنيرية، ص149.

(2) الدردير، أحمد الدردير أبو البركات: **الشرح الكبير**، ج3، د.ط، د.ن، 1309 ص3.

(3) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ص235.

(4) قدري، محمد قدري باشا: **كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، تقديم وتعليق وفهرسة صلاح الدين الناهي، ط1، عمان، الدار العربية للتوزيع والنشر، 1407- 1987، ص93.

(5) البوطي، محمد توفيق رمضان: **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها**، ط1، دمشق، دار الفكر، 1998، ص31.

عرف المشرع الأردني البيع في المادة (465) من قانونه المدني بأنه "تمليك مال أو حق مـالي لقاء عوض".

وبهذا نستطيع القول بأن كل من القانونين المدنيين الأردني والعراقي قد تـأثرا بالفقـه الإسلامي في تعريفيهما لعقد البيع، فجعلا منه عقدا ناقلا للملك بمجرد انعقاده. فكـلا القـانونين عرفا البيع بماهيته، أي نقل الملكية بعوض معلوم.

ومع ذلك يؤخذ على المشرع الأردني أنه جعل من نقل الملكية في عقد البيع التزاما يقـع علـى عاتق البائع. وهذا يتضح من خلال ترتيب النصوص القانونية المنظمـة لعقـد البيـع، إذ كـان الترتيب على النحو التالي:

2-آثار البيع

أولا: التزامات البائع:

أ-نقل الملكية

علما أن هذا التصنيف لا يتفق وموقف القانون المدني الأردني المأخوذ من الفقه الحنفي، كما أكدت على ذلك المذكرات الايضاحية الأردنية[1].وعلى هذا الأساس فإن، ما جـرى عليـه بعض شراح القانون المدني الأردني مجاراة منهم لموقف المشرع في دراسة أحكام نقل الملكيـة في عقد البيع تحت عنوان التزامات البائع يجانب الصواب[2].

المبحث الثاني: المقارنة بين التعريف اللغوي والفقهي والقانوني لعقد البيع

بعد الإنتهاء من تعريف البيع لغة وقانونا وفقها، لا بد من مقارنة هذه التعريفـات مـع بعضها ليتسنى لنا معرفة أي التعريفات اشمل وأدق. وحتى نصل إلى هذا لا بـد مـن مقارنـة التعريف اللغوي مع التعريفين القانوني والفقهي، ومن ثم مقارنة التعريف القانوني مع التعريـف الفقهي.

---

(1) **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ج2، عمان، المكتب الفني، نقابة المحامين، 2000، ص519.

(2) أنظر من ذلك: الفضل، منذر بالاشتراك مع صاحب الفتلاوي، **العقود المسـماة**، ط1، عمـان، دار الثقافـة للنشـر والتوزيع، 1993، ص87 - 89. وأيضا: النداوي، آدم وهيب: **العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجـار**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص44.

المطلب الأول: المقارنة بين التعريف اللغوي والتعريفين القانوني والفقهي لعقد البيع

عندما عرفنا عقد البيع لغة، تبين لنا بكل بساطة أن البيع هو مبادلة مال بمال، وهو ما وجدناه في تعريفات الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم. وبذلك يقترب التعريف الفقهي من المعنى اللغوي لكلمة البيع.

ومن ناحية أخرى، إذا نظرنا إلى التعريف القانوني لعقد البيع، لوجدناه يتفق مع التعريف اللغوي، في معنى المعاوضة المالية، إذ أن كلا التعريفين يجعلا من المعاوضة أساسا للبيع، ونفس القول ينطبق على التعريف الفقهي للبيع.

المطلب الثاني: المقارنة بين التعريف الفقهي وبين التعريف القانوني لعقد البيع

إن الفرق بين التعريفين القانوني والفقهي لعقد البيع هو ذاته الفرق بين حكم العقد وبين الإلتزام العقدي. فبينما الفقه الإسلامي يجعل من نقل ملكية المبيع حكما لعقد البيع، نجد أن القانون الوضعي يجعل من نقل ملكية المبيع التزاما عقديا يقع على عاتق البائع.

وقد إنتقد بعض الفقهاء شراح القانون المدافعين عن وجهة النظر القاضية باعتبار أن عقد البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية، بينما نقل الملكية هو حكم أصلي لعقد البيع يتم بمجرد العقد، لهذا كان من الأنسب - في نظر البعض - تعريف البيع بأنه "عقد تنتقل به ملكية شيء...الخ" بدلا من تعريفه بأنه "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء...الخ"(1).

وقد دافع شراح القانون عن وجهة نظرهم بقولهم "فالبيع ينشىء أولا التزاما في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بحكم القانون إذا توافرت الشروط المطلوبة، فتنتقل الملكية فعلا إلى المشتري، فيبدو أن نقل الملكية كان أثرا مباشرا لعقد البيع،

(1) الزرقاء، مصطفى أحمد: **العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة**، ط6، دمشق، مطابع فتى العرب، 1965، ص37.

ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذا للالتزام بنقلها والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام"[1].

ويضيفون إلى ذلك أن البيوع العقارية لا تنتقل فيها الملكية قبـل التسـجيل. بمعنـى أن التسجيل التزاما على البائع بموجبه تنتقل الملكية. [2] إضافة إلى أن القانون يسمح لأطراف عقـد البيع الإتفاق على تأجيل نقل الملكية كما يحدث في البيع بالتقسيط، أي أن البيع لا ينقل الملكيـة مباشرة بل يحتاج إلى الإلتزام بالوفاء بآخر قسط من الثمن حتى تنتقل الملكية، وهذا هو الإلتزام الذي ينقل الملكية وليس العقد. [3] وأيضا إذا وقع البيع على شيء معين بنوعه كالقمح. فانتقـال الملكية والحالة هذه تحتاج إلى فرز المبيع وتعيينه، بعبارة أخرى الملكية تنتقل بالتزام البائع بفرز المبيع وليس بمجرد العقد[4].

ولكن هل هذه الاعتبارات كافية لتجريد عقد البيع من حكمه؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من مناقشة كل حجة على حدة:

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضـة**، ج4، المجلد الأول، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 1960، فقرة 234، ص412.

(2) المواد: 934 من القانون المدني المصري، 508 من القانون المدني العراقي، 393 من قـانون الموجبـات والعقـود اللبناني، 1148 من القانون المدني الأردني.

(3) المواد: 430 من القانون المدني المصري، 534 من القانون المدني العراقي، 484 من القانون المدني الأردني، 250 من مجلة الأحكام العدلية، ولا يوجد نص خاص في البيع بالتقسيط في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) المواد: 205 من القانون المدني المصري، 397 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، 248، 531 من القانون المدني العراقي، 1147 من القانون المدني الأردني. وحول وجهة النظر القاضية باعتبار نقل الملكية أثرا لاحكما لعقد البيع أنظر: السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عـام**، ج2، د.ط، القـاهرة، دار النهضة العربية، 1956، فقرة 416، ص770. ولنفس المؤلف، الوسـيط، ج4، مرجـع سـابق، فقـرة 234، ص412. منصور، منصور مصطفى: **البيع والمقايضة والإيجار**، د.ط، د.ن، 1956، فقرة 9، ص15. تناغو، سمير عبـد السـيد: **عقد البيع**، د.ط، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، فقرة 5، ص16. الشرقاوي، جميل: **شرح العقـود المدنيـة، البيـع والمقايضة**، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، فقرة 9، ص22.

أولا: بالنسبة للبيوع العقارية

إن القول بأن عدم انتقال ملكية المبيع في البيع العقاري إلا بعد التسجيل دليلا على أن عقد البيـع ليس ناقلا للملكية بذاته، وتعميم هذا الحكم على عقد البيع فيه نوع من التسرع.

نحن نعلم جيدا، بأن العقارات لها من الأهمية الاقتصـادية والاجتماعيـة إن لـم نقـل السياسية أكثر من غيرها، لهذا عنى المشرعون بتنظيم أحكامها، فوضعوا لها أحكاما خاصة بها، أوجبت على البائع تسجيل بيعه حماية لحقوقه وحقوق المشتري. ولكن ما هو العمل لو لـم يقـم البائع بتسجيل بيعه في دائرة الشهر العقاري؟ هل فعلا يفقد المشتري حقه في المبيع لعدم التـزام البائع بتسجيل بيعه؟

من خلال مراجعتنا لنصوص قانون الشهر العقاري المصري رقم (114) لسنة 1946 لم نجد نصا واحدا ينص على بطلان عقد البيع والحالة هذه اللهم أن انتقال الحق العينـي يتراخـى حتى حصول التسجيل [1]. بمعنى آخر يكون للمشتري وبموجب عقد البيع نفسه الحق في تسـلم العقار والإستفادة منه ومن ثمراته طبقا لأحكام عقد البيع حتى في حالة كون عقـد البيـع غيـر مسجل، بل إن للمشتري أن يحصل في مواجهة البائع على حكم بإثبات عقد البيع، ليقـوم بنـاء عليه بإجراءات التسجيل[2] وهذا يعني أن الملكية انتقلت أولا وأخيرا بموجب عقد البيع. فحتـى في حال امتناع البائع عن إجراء القيد الشكلي الذي تطلبه القانون وهو التسجيل، يبقى المشـتري مالك للمبيع بمجرد انعقاد عقد البيع.

---

(1) علما أن موقف التشريعين الأردني والعراقي والتشريعات الفلسطينية المنظمة لبيع العقار مغـاير لموقـف التشـريع المصري الموضح في المتن. ونترك البحث في هذه المسألة عند الحديث عن طبيعة بيع عقار الغير القانونية فـي الفصـل الثالث من الرسالة، انظر ص93.

(2) الدناصوري، عز الدين، بالاشتراك مع عبد الحميد الشواربي، **المشكلات العملية والدعاوى والدفوع في عقد البيـع**، ط3، د.ن، 2003، ص66-67.

لهذا فإنني لاأعتقد بأن إجراء شكلي كالتسجيل يكفي لتعميم الحكم بتجريد عقد البيع من جـوهره وحكمه أي نقل الملكية[1].

ثانيا: أما بالنسبة للبيع بالتقسيط:

فان دفع آخر قسط من الثمن المؤجل دليل على انتقال المبيع إلى المشتري دون حاجـة إلى فعل من البائع وإنما تنتقل الملكية بموجب عقد البيع، وهذا ما تقضي به الفقرة الثالثـة مـن المادة 430 من التقنين المدني المصري حيث تنص على أنه "إذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع".

ثالثا: أما بالنسبة لبيع الأشياء المثلية:

هذه الأشياء وحسب نص القانون لا تنتقل إلا بفرزها، [2] ذلك أن الملكيـة لا تثبـت إلا لعين، والمال المثلي يثبت في الذمة عند إنشاء الإلتزام وحق الملك لا يثبت على الذمة بل يحتاج إلى عين، فإذا تم الفرز ثبت حق الملكية، ولكن هل يكفي هذا للقول بأن عقد البيع غيـر ناقـل للملكية بمجرد انعقاده؟

مما تقدم ذكره يتضح لنا بأن عقد البيع ناقل للملكية بحكمه، ولا نؤيد وجهة النظر التـي تجعل أثر عقد البيع إنشاء الإلتزام بنقل الملكية وأن البائع مكلف بالقيام بالأعمال التي من شـأنها أن تنقل هذه الملكية، ذلك أن وجهة النظر هذه - كما تقدم- ليس لها ما يؤيدها من حجج قانونية سوى بعض الإستثناءات التي لا تقوى على مواجهة حقيقة عقد البيع، لذلك نجد المتمسكين بفكرة

---

(1) حول وجهة النظر القاضية باعتبار عقد البيع عقدا ناقلا للملكية بحكمه أنظر: الزرقاء، العقود المسماة، مرجع سـابق، فقرة 23 إلى 28، ص31 إلى 39. مرقس، سليمان بالاشتراك مع محمد علي إمام، **عقد البيع في التقنين المدني الجديـد**، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1973، فقرة 12، ص522. الزحيلي، محمد: **العقـود المسـماة، البيـع والمقايضـة والإيجار**، د.ط، دمشق، مطبعة دار الكتاب، 1988- 1989، ص44 الى47. طه، غني حسون: **الـوجيز فـي العقـود المسماة، عقد البيـع**، ج1، د.ط، بغداد، مطبعة المعارف، 1969- 1970، فقرة 355، ص205. سلطان، أنور بالاشتراك مع جلال العدوى، **العقود المسماة، عقد البيع**، د.ط، مصر، دار المعارف، فقرة51، ص41- 42. الحكيم، جاك يوسـف: **العقود الشائعة أو المسماة، عقد البيع**، د.ط، منشورات جامعة دمشق، د.ت، فقرة 3، ص19.

(2) علما أن الأستاذ الزرقاء يرى أن الملكية تنتقل بالبيع وما الإفراز سوى وسيلة لتعيين المبيع ذاته. الزرقـاء، العقـود المسماة، مرجع سابق، فقرة 27، ص36.

الأثر المباشر لعقد البيع "الإلتزام بنقل الملكية " قد استسلموا أمام نص المادة (204) من القـانون المدني المصري التي تنص على أن "الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقـاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل "فأمام هذا النص نجدهم يقولون بأن القاعدة هي أن الإلتزام ينقل الملكية مـن تلقاء نفسه، وبالتالي فإن الملكية في المنقول المعين بالذات تنتقل بمجرد العقـد، أي أن الإلتـزام ينشأ وينفذ من تلقاء نفسه[1].

وبالتالي وكأنهم يقولون أن الإلتزام ينقل من تلقاء نفسه الحق المباع في المنقول المعـين بالذات دون ثمة حاجة إلى فعل من البائع، أي أن العقد هو الذي نقل الملكية والقانون هو الـذي تكفل في ترتيب هذا الأثر. ومن ناحية أخرى فإن القول بأن عقد البيع منشـئ للإلتـزام بنقـل الملكية لا يصدق في حال كون المبيع حقا شخصيا، إذ أن الحق الشخصي ينتقـل تلقائيـا بـين المتعاقدين بالحوالة، دون أن يقع على البائع أي التزام بنقل هذا الحق[2].

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 234، ص412. أيضا لنفس المؤلف، الوسـيط، ج2، فقـرة 416- 417، ص770 - 771.

(2) سلطان، العدوى، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 51، ص41- 42.

وبناء على ما تقدم ذكره نرى أن نظرة الفقه الإسلامي لعقد البيع أصوب من نظرة الفقه الوضعي، التي تأثرت بها بعض التشريعات العربية، ولكن بالرغم من ذلك نرى بأنه حتى في ظل هذه التشريعات يبقى عقد البيع ناقلا للملكية بحكمه، وما الحجج التي قيلت لتبرير موقف المشرع المصري سوى استثناءات شكلية لا تقوى على مواجهة حكم عقد البيع، وأن السبب الرئيسي الذي جعل المشرع المصري يعرف عقد البيع بأنه عقد يرتب التزام على البائع بنقل الملكية ما هو إلا خطأ تسلل من القانون المدني الفرنسي(1).

(1) ويقول الأستاذ الزرقاء في هذه الصدد " وأصل هذا الخطأ في التقنين الحديث متسلل من القانون المدني الفرنسي الذي عرف البيع في المادة 1582 بأنه " اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بتسليم شيء ويتعهد الطرف الآخر بدفع ثمنه " وقد جاء القانون المصري القديم المأخوذ عن القانون الفرنسي فاستدرك هذا النقص، إذ عرف البيع في المادة 235 منه بأنه " عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهم " ولكنه جعل نقل الملكية التزاما يلتزم البائع بأن يفعله لا حكما يثبت بالعقد. ثم جاء قانون الموجبات والعقود اللبناني فنحى منحى القانون المصري القديم ثم جاء القانون المصري الجديد فحافظ على هذا النظر متابعا الاتجاه القانوني الحديث في اعتبار آثار العقود جميعا من قبيل الإلتزامات، وانتقل الآن ذلك إلى تشريعنا بأخذنا القانون المصري الجديد كما هو فجاءت هذه التعريفات كلها وكأنها هي تعاريف للوعد بالبيع، أو لبيع العقار خاصة، لا للبيع بوجه عام ". الزرقاء، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 27، ص37- 38.

الفصل الأول

مفهوم بيع ملك الغير و نطاقه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير في القانون الوضعي

المطلب الثاني: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: المقارنة بين المفهوم القانوني والفقهي لبيع ملك الغير

المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: عناصر بيع ملك الغير

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق بيع ملك الغير

المطلب الثالث: تمييز بيع ملك الغير عما يشتبه به من أنظمة

الفصل الأول

مفهوم بيع ملك الغير و نطاقه

المبحث الأول: مفهوم بيع ملك الغير

من الأمور المتفق عليها أن الإنسان حر التصرف فيما يملك، وعلى الغير احترام هذه الحرية، ومن القواعد المتفق عليها أن فاقد الشيء لا يعطيه، وحتى يقع البيع صحيحا يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع، وإلا وقعنا في مشكلة بيع ملك الغير.

فما هو المقصود في بيع ملك الغير؟

سوف أجيب على هذا السؤال حسب القانون الوضعي في المطلب الأول، وحسب الفقه الإسلامي في المطلب الثاني، وبعد ذلك نقارن بين المفهومين القانوني والفقهي في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم بيع ملك الغير في القانون الوضعي

لم تعرف القوانين الوضعية بيع ملك الغير، تاركة الأمر لاجتهاد الفقهاء، ولكن بالرغم من ذلك فان المادة (466) من التقنين المدني المصري[1] قد تضمنت عنصرين لبيع ملك الغير، استند عليهما الفقه الوضعي في تعريفه لبيع ملك الغير، فعرفوا بيع ملك الغير على أنه البيع الذي يرد على شيء معين بالذات من شخص لا يملكه[2].

---

(1) تنص المادة (466) من القانون المدني المصري على أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع.." تقابل المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، علما أن هذا القانون استخدم عبارة "باطل" بدلا من" القابلية للإبطال ".

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 153، ص271. تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 92، ص382. يحيى، عبد الودود: **دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين**، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص173. الجمال، مصطفى: **البيع في القانونين اللبناني والمصري**، د.ط، الدار الجامعية، 1986، فقرة 73، ص89.

واضح من التعريف السابق أنه يركز على عنصرين رئيسيين، هما(1) الشيء المعـين بالذات (2) وعدم ملكية البائع له، علما أن بيع ملك الغير يتطلب بالإضافة إلى عدم ملكية البائع للمبيع عدم ملكية المشتري له وإلا اعتبر البيع باطلا من الأصل[1].

إذا بيع ملك الغير في القانون وحسب فقه هذا القانون، ينحصر في عدم ملكيـة البـائع للشيء المعين بالذات. وحتى نستطيع الحكم على هذا المفهوم، نتوجه إلى مفهوم الفقهاء المسلمين لبيع ملك الغير، لنرى إن كان هناك فرق أم لا، وأي المفهومين يضعنا أمام حقيقـة بيـع مـلـك الغير؟

المطلب الثاني: مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

يبحث الفقهاء المسلمين بيع ملك الغير تحت عنوان الفضولي. والفضولي في اللغة مـن الفضل وهو الزيادة وجمعه فضول كفلس وفلوس، وقد غلب استعماله علـى مـالا خيـر فيـه، واستعمل الجمع استعمال المفرد، فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه [2].

إذا الفضولي هو من يشتغل بما لا يعنيه، وبائع ملك غيره يعد فضوليا.

أما اصطلاحا فقد عرف الفقهاء المسلمون الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي"[3] وعرف الفقهاء المحدثون الفضولي بأنه " من تصرف في حقوق غيـره تصـرفا قوليا دون تفويض مشروع"[4] أو هو "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة"[5].

وبهذا نعرف الفضولي على أنه: من يشتغل في شؤون غيره دون إذن أو ولاية منه.

---

(1) إذا اتضح بعد البيع أن المبيع كان مملوكا للمشتري، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن وفقا للقواعد العامة، علمـا أن هـذا الفرض لا يتصور من الناحية العملية إلا إذا كان المشتري يعتقد وقت التعاقد أن المبيع مملوكا للبائع وليس مملوكـا لـه. راجع: الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، مرجع سابق، هامش (1) ص90.

(2) الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص282.

(3) ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج6، د.ط، القـاهرة، د.ن، 1334، ص160. وأنظر كذلك التعريف الذي ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة(112).

(4) الزرقاء، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**، ج1، ط2، دمشق، دار القلم، 1452- 2004، ص503.

(5) السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4، ط1، لبنان، مؤسسة التـاريخ العربـي، دار إحيـاء التراث العربي، 1953-1954، ص129.

المطلب الثالث: المقارنة بين المفهوم القانوني والفقهي لبيع ملك الغير

في المطلب الأول من هذا المبحث تحدثنا عن مفهوم بيع ملك الغير في القانون الوضعي، وفي المطلب الثاني تعرفنا على مفهوم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي، وهو ما أطلق عليه الفقهاء بيع الفضولي، والآن وفي المطلب الثالث سوف نقارن بين المفهومين القانوني والفقهي لبيع ملك الغير، وبما أن القانون الوضعي عرف نظام الفضالة، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الأول نقارن بين مفهوم بيع ملك الغير وبين مفهوم بيع الفضولي، وفي الثاني نقارن بين الفضالة في القانون وبين الفضالة في الفقه.

الفرع الأول: المقارنة بين مفهوم بيع ملك الغير وبين مفهوم بيع الفضولي

سبق أن قلنا بأن فقهاء القانون عرفوا بيع ملك الغير، بأن يبيع شخص شيئا معينا بالذات لا يملكه، واستندوا في تعريفهم هذا على العناصر الموجودة في المادة (466) من القانون المدني المصري. ولكن هل هذا التعريف يحيط بمفهوم بيع ملك الغير؟ بمعنى آخر هل كل شيء معين بالذات يعد بيعه من غير مالكه بيعا لملك الغير؟ فماذا لو كان هناك نيابة قانونية بمقتضاها يبيع الغير الشيء المعين بالذات؟

لو دققنا في التعريف الذي أتى به فقهاء القانون لاعتبرنا البيع الصادر من غير المالك، ولو بموجب نيابة قانونية، بيعا لملك الغير، وهذا في الطبع يخالف أبسط قواعد القانون. أما لو ذهبنا إلي تعريف الفقهاء المسلمين لبيع الفضولي، لاعتبرنا البيع الصادر من غير المالك، بموجب نيابة قانونية، بيعا صحيحا، إذ حتى يعد التصرف فضوليا حسب الفقه الإسلامي لا بد من أن يكون صادرا من غير إذن صاحبه، وهذا يقتضي عدم وجود وكالة يتصرف بموجبها البائع.

وفي الحقيقة إن نفس القول يصدق على القانون الوضعي، بمعنى أنه حتى في ظل المفهوم القانوني، فإننا لا نكون أمام بيع ملك الغير في حالة وجود نيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، لهذا ذهب جانب من الفقه – وبحق – إلى تعريف بيع ملك الغير على أنه" هو أن يبيع

الشخص شيئا معينا بالذات مملوك للغير بدون وجه حق أي دون أن يكون البـائع وكـيلا مـن المالك أو وليا عنه"[1].

إذا نخلص إلى القول، بأن تحديد مفهوم بيع الفضولي عند الفقهاء المسلمين، كان أشمل وأدق من مفهوم بيع ملك الغير عند فقهاء القانون.

الفرع الثاني: المقارنة بين مفهوم الفضالة في القانون وبين مفهوم الفضالة في الفقه

لقد انتهينا إلى أن بيع ملك الغير في القانون، يقابله في الفقه الإسلامي بيـع الفضـولي، ولكن هل الفضالة التي عرفها القانون، هي ذات الفضالة التي حدثنا عنها الفقهاء المسلمون؟

للإجابة على هذا السؤال نقول، أن القانون الوضعي عرف الفضـالة بأنهـا "أن يتـولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك"[2].

من هذا التعريف يتضح بأنه يشترط لتحقيق حالة الفضالة القانونية ثلاثة شروط هي:

1- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر.

2- أن يهدف الفضولي من عمله تحقيق مصلحة لرب العمل.

3- ألا يكون الفضولي ملتزما بالقيام بهذا العمل.

---

(1) الصراف، عباس: **شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة**، د.ط، الكويت، دار البحوث العلميـة، د.ت، فقرة 387، ص262. الزرقاء، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 254، ص251، وأيضـا فقـرة 266، ص259. الفضلى، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة**، د.ط، عمان، دار الثقافة للنشـر والتوزيـع، 1997، فقرة 389، ص178. ويرى الدكتور عبد الرحمن جمعة أنه من الضروري أن يضمن تعريف بيع ملك الغير، أن يقصد من هذا البيع نقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري. ونحن نرى بأن هذه العبارة هي تحصيل حاصل إذا ما علمنـا أن حكم عقد البيع هو نقل الملكية، وأن بيع ملك الغير هو في نهاية المطاف صورة من صور عقد البيع. أنظر: جمعة، عبـد الرحمن: **بيع ملك الغير، دراسة مقارنة**، ط1، عمان، دار وائل للطباعة والنشر، 1998، ص77- 78.

(2) وهذا هو ما نصت عليه المواد: (188) من القانون المدني المصري، (149) من قانون الموجبات والعقود اللبنـاني، (301) من القانون المدني الأردني.

أما حسب الفقه الإسلامي، فالفضولي – كما شاهدنا – هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذونا منه، دون أن يشترط في هذا العمل أن يكون ضروري أو عاجلا [1]. أي أن الفضالة في الفقه الإسلامي تتحقق سواء كان تدخل الفضولي ضروري أو غير ضروري، وبهذا يكون مفهوم الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من مفهوم الفضالة في القانون الوضعي، فكل تدخل في شؤون الغير يرتب حكم الفضالة، بغض النظر عن مدعاة هذا التدخل. على حين أن القوانين الوضعية قصرت حكم الفضالة على التدخل العاجل من قبل الفضولي لتحقيق مصلحة رب العمل، وأعطت حكما آخرا للتصرف في ملك الغير[2].

لهذا كله يرى البعض بأن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الفضالة[3]:

النوع الأول: نظام الفضالة الفقهي: ويقابله في القانون "التصرف في ملك الغير" وفي هذا النظام لا يشترط أن يكون تدخل الغير ضروريا أو نافعا.

النوع الثاني: نظام الفضالة القانونية: وهو ما نصت عليه القوانين الوضعية، وفيه يقوم الفضولي بعمل عاجل لصاحب العمل دون أن يكون ملزما بذلك.

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص129.

(2) لهذا نجد مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني العراقي المتأثر بالفقه الإسلامي، لم يفصلا بين بيع الفضولي، وهو ما يسمى ببيع ملك الغير، وبين الفضالة التي نصت عليها القوانين الوضعية المتأثرة بالفقه الغربي. علما أن القانون المدني الأردني قد تأثر في هذا الجانب في القانون المدني المصري، فنص على الفضالة إلى جانب بيع ملك الغير، مما أوقعه في ارتباك في صياغة أحكام مستقلة لبيع ملك الغير، سوف نشاهدها في حينها.

(3) الألفي، محمد جبر: **الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط**، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثالث، 1980، ص51- 52. بينما يرى الدكتور لاشين الغياتي، أن تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي " التصرف في ملك الغير" لا الفضالة، لأنه قد تصرف في ملك غيره بلا ولاية شرعية أو ضرورة تدفع لذلك. الغياتي، لاشين، محمد يونس: **بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي**، ط1، مصر، مكتبة جامعة طنطا، 1986، ص122. ولا أرى أن عدم اشتراط الفقهاء المسلمون، أن يكون تدخل الفضولي ضروري أو عاجل، لايعني أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظام الفضالة القانونية. فالفضولي من الفضول أي التصرف بناء على هوى النفس. أما الفضالة فهي من التفضل: فإذا تفضل العامل على صاحب العمل والملك بالتصرف يكون تصرفه صحيحا ونافذا، كمن باع بضاعة للغير المسافر وكانت بضائعه المجمدة معرضة للتلف لانقطاع الكهرباء.

المبحث الثاني: نطاق بيع ملك الغير

حتى نستطيع تحديد نطاق بيع ملك الغير، لا بد من البحث عن الشرائط القانونية التـي تضعنا أمام حالة بيع ملك الغير، حينها فقط يتبين لنا ما يخرج عن نطاق هذا البيع وما يشتبه به من أنظمة أخرى.

المطلب الأول: عناصر بيع ملك الغير

تنص الفقرة الأولى من المادة (466) من القانون المدني المصري على أنـه "إذا بـاع شخص شيئا معينا بالذات، وهو لا يملكه، جاز للمشتري إبطال البيع"

وتنص المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأن "بيع مال الغير باطـل إلا في الأحوال الآتية:

(1) إذا كان المبيع شيئا معينا بجنسه أو بنوعه فقط

(2) إذا أجازه المالك

(3) إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع.

من هذين النصين يتضح لنا بأن بيع ملك الغير يشترط له توافر ثلاثة شروط هي:

أولا: أن نكون بصدد عقد بيع.

ثانيا: أن يكون الشيء المبيع معينا بالذات.

ثالثا:عدم ملكية البائع أو المشتري للشيء المبيع.

الفرع الأول: أن نكون بصدد عقد بيع

يعتبر عقد البيع من أهم العقود وأكثرها شيوعا، لهذا فقد اهتم الفقـه والقـانون بتنظـيم أحكامه، بحيث أصبح معروفا أن عقد البيع عقدا رضائيا[1]، والعقد الرضائي حتى ينعقد صحيحا لا بد من توافر أركانه، وأركان العقد الرضائي، التراضي والمحل والسبب.

وبناء عليه حتى نكون بصدد عقد بيع لا بد من تطابق إيجاب وقبول طرفيه، أي الاتفاق على ماهية العقد، وعلى محله، وأن يكون سببه مشروعا. بمعنى أنه حتى يكـون عقـد البيـع صحيحا يجب أن يتفق أطرافه على ماهيته وعلى المبيع والثمن.

وسبق أن أشرنا إلى أن حكم عقد البيع هو نقل الملكية، أي بمجرد تطابق القبـول مـع الإيجاب ينعقد العقد وتنتقل ملكية المبيع مباشرة دون حاجة لأي إجراء آخر. وبالتـالي فـإن أي عقد أو اتفاق من شأنه أن لا ينقل الملكية، يخرجنا من نطاق عقد البيع إلى نطاق عقد آخـر[2]. ومن ثم لا يتصور وجود حالة بيع ملك الغير، لانتفاء معنى البيع أصلا.

---

(1) لقد نص المشرع اللبناني على كون عقد البيع رضائيا في المواد (373 إلي 388) مـن قـانون الموجبـات والعقـود اللبناني، وكذلك الأمر فعلت مجلة الأحكام العدلية في المادة (167) ولم تغفل القوانين العربية الأخرى ذلك، ولكن بـالرغم من ذلك فإن عقد البيع في ظلها يعتبر عقد رضائي حسب النظرية العامة للعقد، راجع المواد: (89) من القـانون المـدني المصري، (90) من القانون المدني الأردني. هذا ويعتبر عقد البيع في الفقه الإسلامي من العقود الرضائية، ويطلق علـى ركن التراضي فيه صيغة العقد.

(2) لهذا لا أرى ضرورة اشتراط أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال، حتى نكون أمام بيـع ملـك الغيـر، طالما سلمنا أن عقد البيع ناقل للملكية بحكمه، كما فعل الدكتور عبد الرحمن جمعة في دراسته لبيع ملك الغير، إذ اشـترط أولا أن نكون بصدد عقد بيع، واشترط أخيرا أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال. جمعة، بيع ملـك الغيـر، مرجع سابق، ص80، 102، 103. وكذلك نجد أن البعض من شراح القانون المدني المصري، اشترطوا لبيع ملك الغيـر حتى يتحقق أن يكون المقصود من البيع نقل الملكية في الحال، لأن الظاهر من التعريف المصري لعقد البيع أنه لا يرتـب حكما بانتقال الملكية، فاشترطوا مثل هذا الشرط، ولكنهم ناقضوا أنفسهم في مسألة البيع العقاري، وجعلوا حكمه نقل الملكية وإن تراخى هذا الانتقال إلى ما بعد التسجيل. في هذا الاتجاه: البدراوي، عبد المنعم: **الوجيز في عقد البيع**، د.ط، مكتبـة سيد عبدا وهبة، 1970، ص412- 414. سلطان، أنور: **العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة**، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1980، فقرة 308، ص325. يحيى، دروس في العقود المسماة، مرجع سابق، ص174- 175.

الفرع الثاني: أن يكون الشيء المبيع معينا بالذات

إذا تأملنا في هذا الشرط لوجدناه امتدادا لطبيعة عقد البيع وهو بهذه المثابة مكملا للشرط الأول، إذ أن بيع ملك الغير يقتضي أن نكون أمام عقد بيع، وهذا يعني نقل الملكية في الحـال، وهذا لا يتسنى إلا إذا كان محل البيع شيئا معينا بالذات[1].

والأشياء المعينة بالذات هي ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد بـه أو يندر وجود أفراده في التداول، مثل ملكية سيارة معينة حسب نوعها وموديلها ورقمها، في هـذه الحالة نستطيع القول بأن السيارة مملوكة لشخص معين وبالتالي يصح القول بأن بيعها من غيـر ما لكها يعد بيعا لملك الغير[2].

بعكس الشيء المعين بالنوع، الذي لا يمكن أن نقول بشأنه أنه مملوك لشخص معين[3].

إذا حتى نكون أمام بيع لملك الغير لا بد من وجود عقد بيع محله شيء معين بالـذات، وما عدا ذلك يخرجنا من دائرة بيع ملك الغير، لأن المال المثلي قبل إفرازه وتسليمه يثبت فـي الذمة فيكون الحق ثابتا في ذمة البائع للمشتري حتى لو قصد المشتري سلعة غيره عند العقد.

الفرع الثالث: عدم ملكية البائع والمشتري للشيء المبيع

لعل هذا الشرط من أهم الشروط التي تجعلنا بصدد بيع ملك الغير، وهو ما يستفاد مـن نص المادة (466) من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه..." فبمقتضى هذا النص يجب أن يكون البائع غير مالك للمبيـع، ونـزولا

---

(1) وهذا القول يتفق وطبيعة الحق العيني الذي لا يرد إلا على شيء معين بالذات.

(2) وبحسب نص المادة (466) من القانون المدني المصري، وبمفهوم المخالفة لنص المادة (385) من قانون الموجبـات والعقود اللبناني، فإن شرط كون المبيع معينا بالذات، ينبغي توافره سواء كان المبيع منقولا أو عقارا، وفي الحالة الأخيـرة سواء كان العقار مسجل أو غير مسجل، هذا بخلاف القانونين المدنيين الأردني والعراقي اللذان أغفلا النص علـى هـذه الحالة.

(3) غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص24.

لمقتضيات القواعد العامة قررنا إلى جانب عدم ملكية البائع للشيء المبيع، عدم ملكية المشـتري أيضا للشيء المبيع، إذ لو كان المبيع مملوكا للمشتري لكان العقد باطلا، لتخلف المحل[1].

وبالتالي فإن ملكية البائع للشيء المبيع تضعنا أمام بيع صحيح، وملكية المشتري للشيء المبيع تضعنا أمام بيع باطل، وعدم ملكية المشتري والبائع للشيء المبيع تضعنا أمام بيع لملـك الغير.

مما سبق يتضح لنا أن الشروط الثلاثة تتمحور حول حكم عقد البيع أي نقـل الملكيـة، فاشترطنا أولا أن نكون بصدد عقد بيع، واشترطنا ثانيا أن يكون محل العقد شيء معين بالذات، واشترطنا ثالثا أن يكون هذا الشيء غير مملوك للبائع[2] والمشتري، وأي حالة لا تنطبق عليهـا هذه الشروط تخرج من منطقة بيع ملك الغير وتدخل في تكييف آخر هو محـل دراسـتنا فـي المطلب التالي.

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق بيع ملك الغير

في المطلب السابق تحدثنا عن شروط بيع ملك الغير، ووجدناها تؤكد علـى ضـرورة توافر إمكانية انتقال ملكية الشيء المبيع. لهذا فإن كل تصرف يكون قاصرا عن نقـل الملكيـة مباشرة بمجرد انعقاد العقد، يخرج عن نطاق بيع ملك الغير. وهذه التصرفات حصرناها بالتالي:

أولا: التعهد عن الغير.

ثانيا: الوعد بالبيع.

ثالثا: بيع الشيء المستقبل.

رابعا: بيع الشيء المعين بالنوع.

---

(1) سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 308، ص325. يحيى، دروس فـي العقـود المسـماة، مرجـع سـابق، ص174. الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، مرجع سابق، هامش(1) ص90.

(2) ومن البديهي أن لا يكون البائع وكيلا عن المالك أو وليا عنه. راجع ص 8 من هذا البحث.

خامسا: تعليق البيع على شرط التملك.

سادسا: البيع المعلق على شرط.

الفرع الأول: التعهد عن الغير

تنص المادة (153) من القانون المدني المصري على أنه "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم، بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه..."[1].

واضح من هذا النص أن محل الإلتزام هو القيام بعمل وهو حصول المتعهد على رضا المالك بأن يبيع، فهو إن استطاع ذلك فهذا يحتاج إلى عقد بيع يبرم بين المالك والغير حتى تنتقل الملكية وإلا يلتزم المتعهد بتعويض الغير عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذه لالتزامه[2]. وبالتالي فإن مجرد التعهد لا ينقل الملكية، أي أننا في هذه الحالة نكون أمام تعهد عن الغير لا أمام بيع لملك الغير[3].

الفرع الثاني: الوعد بالبيع

الوعد بالبيع لا يرتب حكم عقد البيع في انتقال ملكية المبيع، وإنما يرتب على الواعد التزاما بالقيام بالعمل، وبالتالي نكون أمام وعد بالبيع، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء الموعود به تم البيع وأخذ حكمه، وخرجنا عن نطاق بيع ملك

---

(1) تطابق نص المادة (209) من القانون المدني الأردني.

(2) ويوضح الدكتور عبد الرحمن جمعة صورة أخرى تخرج عن نطاق بيع ملك الغير وهي " الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه" ويقصد بهذه الصورة " أن يبرم شخص التزاما باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الإلتزام الذي أبرمه باسمه" جمعة، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص82- 84. و لا نرى بأن القواعد العامة تمنع من انعقاد هذا الإلتزام المعلق على شرط القبول.

(3) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 154، ص272.

الغير وحكمه. أما إن كان الواعد غير مالك وبقي غير مالك حتى بعد أن أظهـر الموعـود لـه (المشتري) رغبته في الشراء فإننا في هذه الحالة نكون أمام بيع لملك الغير[1] ويأخذ حكمه.

الفرع الثالث: بيع الشيء المستقبل

اشترط المشرع المصري لبيع ملك الغير في المادة (466) من قانونه المدني، أن يكون محل هذا البيع شيئا معينا بالذات، وذلك من أجل نقل الملكية من البائع إلى المشتري، أما الحالـة التي نحن بصددها، أي بيع شيء غير موجود وقت العقد، لا يجعلنا نتحدث عن بيع ملك الغيـر. إذ لا يعرف إن كان البائع مالك أو غير مالك، فثمة فرق في الحكم القانوني بين بيع الشـخص لملك غيره، وبين بيع الشخص لما لا يملكه[2].

إذا كان حكم بيع ملك الغير قد نص عليه القانون، فإن حكم بيع الشيء المستقبل يتوقـف على ملكية الشيء، أي معرفة إن كان البائع مالك أو غير مالك. وكما نعلم فـإن ملكيـة البـائع للشيء المبيع تتوقف على تعيين المبيع بذاته، وكما نعلم أيضا أن البيع نفسه ينقل ملكية المبيـع، والبيع لشيء مستقبلي يتطلب من البائع إيجاد المبيع، حينها فقط يتم الحديث عـن نقـل الملكيـة للمشتري[3] فإذا استطاع البائع إيجاد الشيء المبيع المستقبلي فإننا نكون أمام بيـع صـادر مـن مالك، وهو بيع صحيح، أما إن لم يستطيع إيجاد المبيع، فإننا لا نكون أمام بيع صحيح لانعـدام المحل، وبالتالي لا كلام عن بيع ملك الغير، وإنما عن بيع الشخص لغير ما يملك.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، هامش(1) ص273. ويرى الدكتور السنهوري بأن المتعاقدان قد يتفقا على بيـع احتمـالي، يكون المبيع فيه مجرد احتمال. قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشتري، وقد لا يتحقق فـلا يملـك البـائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري.

(2) سلطان، عدوي: العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 240، ص183. قارب في الحكم بين هذا البيع والبيع الوارد على الأشياء المعينة بالنوع لاحقا.

(3) طه، الوجيز في العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 654، ص396. السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سـابق، فقـرة 154، ص272.

الفرع الرابع: بيع الشيء المعين بالنوع

من المقرر أن بيع الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل ملكيتها بمجرد التعاقد، بل لابد لـذلك من فرزها وتعيينها عن مثيلاتها، إذ قبل هذا الفرز أو التعيين لا يمكن انتقال ملكية المبيع إلـى المشتري، وهذا يعود إلى طبيعة هذا النوع من البيوع. ومثله بيع شخص مائة طن من القمح[1].

فهذا البيع حتى يقع صحيحا يحتاج إلى فرز المبيع وتعيينه [2] فإن تـم الفـرز وثبتـت الملكية فيه فالبيع يكون صحيحا إن وقع من المالك، ويكون بيعا لملك الغير إن وقع مـن غيـر المالك، لأنه بعد فرز المبيع وتعيينه يسهل معرفة المالك من غير المالك.

الفرع الخامس: تعليق البيع على شرط التملك

البيع في هذه الحالة يكون معلق على شرط واقف هو ملكية البائع للشيء المبيع، إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية، وان لم يتحقق يسقط البيع.

وهذا القول لا يصدق على بيع ملك الغير، إذ في الفرض الأخير يبيع الشـخص ملـك غيره، أما الحالة التي نحن في صددها، فقد يبيع الشخص ملكه في حال تحقق الشرط، وقد يفشل في تملك الشيء المبيع، وبالتالي يسقط البيع لتخلف المحل، ولكن فـي كـل الأحـوال لا يبيـع الشخص ملك غيره، ذلك أن البائع والمشتري يتفقان منذ البداية على أن البيع غير بـات وإنمـا معلق على شرط كسب البائع للملكية، فإن أصبح مالك تصرف تصرف المالك، وإلا يسقط البيع ويعود كل طرف للحالة التي كان عليها.

---

(1) سلطان، العدوى، العقود المسماة، المرجع السابق. طه، الوجيز في العقود المسماة، المرجـع السـابق، فقـرة 654، ص396. السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع السابق، فقرة 154، ص272.

(2) العقد في هذه الحالة يكون صحيحا ولكن الملكية تثبت على العين بعد الفرز والتسليم.

فلو باع شخص شيئا وعلق البيع على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء عند بيعه بالمزاد. فإذا رسا المزاد على البائع فقد تحقق الشرط وأصبح هو المالك للمبيع وبالتالي يصح بيعه. أما إن رسا المزاد على شخص آخر غير البائع فقد سقط البيع[1].

هذا وقد يعلق البيع على شرط واقف أو فاسخ، فالبيع في هذه الصورة هو بيع موصوف على خلاف الصورة السابقة، ولكن ملكية المبيع هي غير باته وإنما معلقة على شرط واقف بتحققه تثبت الملكية أو شرط فاسخ بتحققه تزول الملكية. وبالتالي فإن البائع يكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو فاسخ. وإذا تصرف بملكه بالبيع فإن الأمر يتوقف على تحقق الشرط أو تخلفه، فإن تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية باتة بأثر رجعي[2] أما إذا تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف فهذا يعني زوال الملكية عن البائع وبالتالي يصبح المشتري غير مالك دون أن يكون له حق الرجوع على البائع إذا اتضح من العقد أن المشتري قد اشترى مجرد الأمل في الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو يتحقق الشرط الفاسخ، وبالتالي فإن البيع المعلق على شرط سواء كان واقف أو فاسخ يخرج عن نطاق بيع ملك الغير طالما أن البيع فيه بات والبائع مالك حتى وإن كانت ملكيته معلقة على شرط فإن هذه الملكية وفقا للقواعد العامة تنتقل بنفس الوصف إلى المشتري على خلاف ما لو تصرف البائع في الملكية على أنها باتة، فالأمر هنا يختلف، فتحقق الشرط الواقف وعدم تحقق الشرط الفاسخ يجعل بيعه صحيحا نافذا لأنه يجعله يتصرف في ملكه، أما تحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف يجعل من هذا البيع بيعا لملك الغير ويأخذ حكمه[3].

---

(1) طه، الوجيز في العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 654، ص397.

(2) ويلاحظ أن المشرع الأردني يجعل لتخلف الشرط أثر فوري لا رجعي، حيث تنص المادة (400) من القانون المدني الأردني على أنه" المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط " وهذا على خلاف التقنينات المقارنة التي جعلت لتحقق الشرط أثر رجعي كقاعدة عامة. أنظر في ذلك المواد: 270 من القانون المدني المصري، 81 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. وبذلك يكون الحكم حسب التشريع الأردني، أن المشتري لحق معلق على شرط واقف يصبح مالكا للمبيع من وقت تحقق الشرط الواقف، ذلك أن القانون الأردني تأثرا منه بالفقه الإسلامي جعل وجود الإلتزام في البيع في حد ذاته معلق على تحقق الشرط فإذا وجد الشرط وجد الإلتزام من تاريخ تحقق الشرط، فهو تعهد. أما القانون المصري جعل الإلتزام موجود ولكن حكمه معلق على تحقق الشرط، فإن تحقق نفذ الإلتزام بأثر رجعي يستند إلى تاريخ الانعقاد.

(3) سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 308، ص325.

المطلب الثالث: تمييز بيع ملك الغير عما يشتبه بها من أنظمة

بعد أن عرفنا ما هو بيع ملك الغير، وحددنا نطاقه، لا بد من تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له. وهذه الأنظمة هي: بيع الوارث الظاهر، بيع الشريك جزء مفرز من المال الشـائع، بيع الشريك كل المال الشائع.

الفرع الأول: بيع الوارث الظاهر

المقصود ببيع الوارث الظاهر، هو أن شخصا يظهر بمظهر المالك يبيـع شـيئا معينـا بالذات لشخص آخر حسن النية. فيظهر فيما بعد أن هذا الشخص ليس بالمالك، وهذا هـو بيـع ملك الغير.

وذهب الفقه إلى القول بصحة بيع الوارث الظاهر، أي نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي حماية للمشتري حسن النية الذي يجهل عدم ملكية البائع للمبيع، واسـتقرارا للمعـاملات بـين الناس[1].

والملاحظ أنه لا يوجد نص في القانون الوضعي يعالج مسألة بيع الوارث الظاهر، وإنما الفقه والقضاء الفرنسي عالج هذه المسألة وعمد إلى تأصيل حماية المشتري من الوارث الظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت في فقه القانون المدني منذ أمد بعيد فأصبحت من أصوله العامـة وهي أن الغلط الشائع يولد الحق[2].

أما القضاء المصري فقد حسم الموضوع في بادىء الأمر لصالح بيع مـلـك الغيـر، فـاعتبرت محكمة النقض المصرية بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير استنادا إلى النص القـانوني الـذي يعالج بيع ملك الغير المادة (466) من القانون المدني المصري، وقررت بأنه لا يجوز مخالفـة القانون بدعوى استقرار المعاملات، إذ أن القانون عندما يريد حماية الأوضاع الظاهرة يقرر لها نصوصا استثنائية تعالجها من ذلك المادة (244) من القانون المدني المصري التي تعـالج مـن

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، فقرة 154، ص274.

(2) الوكيل، شمس الدين: **نظرية التأمينات في القانون المدني**، ط2، د.ن، 1959، فقرة 46، ص121 وما بعدها.

يتعاقد بعقد صوري حيث تنص على أنه"1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"

والمادة(333) التي تعالج مسألة الوفاء لغير الدائن من شخص حسن النية فنصت على أنه"إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته"

والمادة (1034) والتي عالجت مسألة الدائن المرتهن حسن النية، فنصت على أنه"يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه العقد" وانتهت المحكمة من حكمها بقولها "وكان بيع الوارث الظاهر هو بيع لملك الغير وكانت عبارة النص واضحة في عدم سريان بيع ملك الغير في حق المالك، فإنه لا يجوز الخروج عن صريح النص بدعوى استقرار المعاملات"(1).

ولكن عاد قضاء النقض المصري من جديد ليقرر في حكم آخر قاعدة عامة مقتضاها حماية الأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية، حيث جاء في الحكم الصادر بتاريخ 16 -2 - 1986 ما يلي "وحيث أنه وان كان الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقديها، وإن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها، إلا أنه وباستقراء نصوص القانون المدني يتبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعها مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول دون وصفها بالاستثناء وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها مؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه –

---

(1) نقض مدني 29-3-1979م طعن رقم 401 سنة 43 ق. راجع هذا القرار من خلال: شعلة، سعيد أحمد: **قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عام**، 1931-1994، د.ط، د.ن، د.ت، ص457-458.

سلبا أو إيجابا – في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هـذا المظهر للحقيقة، مقتضاها نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الخطأ[1].

بموجب الحكم الأول لمحكمة النقض اعتبرنا بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير، ولكن ما هو القول بالنسبة للحكم الأخير، هل يعتبر بيع الوارث الظاهر بيعا لملك الغير في ظله؟

في الحقيقة إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا القول بأنه إذا كان البائع يعتقد بأنـه فعلا هو المالك والناس هم من حملوه على هذا الاعتقاد وكان المالك الحقيقي قد أسهم خطأه سلبا أو إيجابا في ظهور ذلك البائع بمظهر المالك الحقيقي وكان المشتري يجهل مخالفة هذا المظهـر للمالك الحقيقي ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول[2] وكان البيع الصادر من الوارث الظاهر إلي المشتري حسن النية بعوض حقيقي. نخضع حينها لقاعدة حماية الأوضـاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية " المشتري" ولا يأخذ هذا البيع حكم بيع ملك الغيـر وإنمـا يأخذ حكم البيع الصحيح النافذ في حق المالك الحقيقي نزولا لمقتضيات حسن النيـة واسـتقرار المعاملات.

(1) نقض 26-2-1986 طعن رقم 826 سنة 54 من خلال: شعلة، قضاء النقد المدني في عقد البيـع، مرجـع سـابق، ص757 – 758.

(2) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني، ج3 في العقود المسماة، المجلد الأول، عقـد البيـع**، ط5، د.ن، 1990، ص730-731. ويرى الدكتور سليمان مرقس بأنه يشترط لتطبيق قاعدة حماية المتعاملين بحسن نية مع أصحاب الأوضاع الظاهرة ما يلي: 1- ظهور شخص بمظهر الوضع الحقيقي ولكن يعتقد هو نفسه أنه وضع حقيقي ويحمله الناس على ذلك. 2- أن يكون صاحب الحق" طبقا للوضع الحقيقي" قد أسهم بخطأه – سلبا أو إيجابا- في ظهور ذلك المتصرف في الحق بمظهر صاحبه. 3- أن يتعامل معه آخر على أساس هذا الوضع الظاهر بحسن نية، أي أنه كان يجهل مخالفـة هذا المظهر للواقع الحقيقي، ولم يكن يستطيع أن يتبين هذا الواقع ببذل جهد معقول. 4- أن يكون هـذا التعامـل بعـوض حقيقي، لأنه لو كان بغير عوض أو عوض صوري، فإن المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر لا يكـون جـديرا بحمايـة القانون.

أما لو تبين أن البائع يتصرف في حكم المالك وهو يعلم أنه غير مالك، فهذا يعـد بيـع لملك الغير ولو تبين أن المالك الحقيقي يتصرف على أنه مالك – حتى لو لم يصرح بأنه مالك – وقام آخر اعتقادا منه أنه مالك بالبيع، لكنا أمام بيع لملك الغير.

ولو تبين أن المشتري بإمكانه لو بذل بعض الجهد أن يعلم بأنه يتعامل مع غير المالـك ولم يقم بذلك فإننا نكون أمام بيع لملك الغير.

ولو تبين أن البيع الصادر من الوارث الظاهر إلى المشتري حسن النية بغيـر عـوض لكان هذا بيعا لملك الغير.

وأخيرا نقول أن بيع الوارث الظاهر هو من حيث المبدأ بيع لملك الغير ما لم يتبـين أن هذا البيع قد صدر من بائع يعتقد أنه مالك لصالح مشتري يعتقد هو الآخر أنه يتعامل مع مالـك الشيء المبيع لان الوضع الظاهري يؤيد اعتقاده، حينها فقط يصح البيع وينفذ في حـق المالـك الحقيقي، حماية للأوضاع الظاهرة والمتعاملين معها بحسن نية.

الفرع الثاني: بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع

إن موقف القانون المدني من مسألة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع يختلف قبل قسمة هذا المال عنه بعد القسمة، لهذا فإننا نبحث أولا في موقف القانون المدني من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع قبل القسمة، وثانيا في موقف القانون المدني بعد القسمة.

أولا: موقف القانون المدني من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع قبل القسمة.

تنص الفقرة الثانية من المادة (1031) من القانون المدني الأردني على أنـه "وإذا كـان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فـي نصـيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الـذي آل إلـى المتصـرف

بطريق القسمة وإذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة حين العقد، فله الحق في إبطال التصرف أيضا"[1].

واضح أن هذا النص يعالج مسألة بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع بعد القسمة دون أن يتطرق لحالة قبل القسمة، لهذا تعددت آراء الشراح حول هذا النوع من البيوع على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى القول بصحة بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع، لأنه صادرا من مالك فيما يعادل حصته، وبالنسبة لباقي الشركاء يكون بيعا صادرا من غير مالك أي بيع لملك الغير فيما يعادل حصص باقي الشركاء، ذلك أن حصص باقي الشركاء تتركز أيضا على الجزء المعين الذي تصرف فيه الشريك[2].

والرأي الثاني: يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير، لأن البائع في هذا الفرض لا يملك إلا حصة شائعة وبالتالي إن فرز حصة من هذه الحصة الشائعة وعينها وباعها فيكون قد باع ما لا يملك[3].

أما الرأي الثالث: فلا يعتبر هذا البيع بيعا لملك الغير لا قبل القسمة ولا بعدها، وبالتالي فإن هذا البيع حسب وجهة النظر هذه بيع صحيح صادر من مالك[4].

---

(1) هذه المادة نقلت حرفيا عن المادة (826) من القانون المدني المصري. مما أوقع المشرع الأردني في تعارض مع نفسه عندما قال " فله الحق في إبطال التصرف أيضا " إذ أن المشرع الأردني في أكثر من مادة (153-145) يقرر حكم الفسخ وفقا للقواعد العامة دون حكم قابلية العقد للإبطال كما هو واضح من المادة (2/1031) ذلك أن المشرع الأردني لا يعرف نظام البطلان النسبي في قانونه المدني، وإنما استبدله بنظام العقد الموقوف، وكان على المشرع الأردني أن يبقى في نفس السياسة التشريعية المأخوذة من الفقه الإسلامي في جوانب انعقاد العقد كما سيمر معنا لاحقا.

(2) مرقس، سليمان وآخر: عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، فقرة 285، ص465.

(3) منصور، منصور مصطفى: **تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، السنة السادسة، يناير 1964، ص197-198.

(4) شحاتة، شفيق، **النظرية العامة للتأمين العيني**، د.ط، د.ن، 1952، ص164. كيرة، حسن: **أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1965، فقرة 120، ص399-400.

لهذا فإنني أرى بأن بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع ليس بيعا لملك الغير كما يعتقد البعض، إذ أن أساس طلب الإبطال المقرر للمشتري هو الغلط في صفة جوهرية وهو جهله بالشيوع. وليس على أساس صدور البيع من غير المالك، لان أحكام بيع ملك الغير تسوي بين حالة العلم والجهل بملكية البائع لما يبيعه، وتعطي للمشتري حق طلب الإبطال في كلتا الحالتين على خلاف أحكام المواد (1031 أردني- 826 مصري) اللتان فرقتا بين حالة العلم والجهل.

إذن ننتهي إلى القول بأن بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع قبل القسمة ليس بيعا لملك الغير.

غير أن الأستاذ الدكتور أمين دواس يرى بأنه رغم أن المشتري في بيع ملك الغير يجوز له طلب إبطال البيع، سواء كان يعلم أو يجهل حقيقة أن البائع غير مالك لما يبيع.

ورغم أن المشتري في بيع الشريك لجزء مفرز من المال الشائع (قبل القسمة) يكون من حقه أن يطلب إبطال البيع فقط إذا كان يجهل هذه الحقيقة.

غير أن هذا الحكم، في بيع الشريك جزءا مفرزا من ماله الشائع له مايبرره، على إعتبار أن البائع ليس بغير مالك لكل ما يبيع، وإنما هو مالك لجزء شائع يعادل حصته في كل المال الشائع. ولذلك لم يكن للمشتري أن يطلب إبطال البيع إلا إذا كان جاهلا بعدم الفرز. فالغلط هنا ينصب على الإفراز وعلى حقيقة كون البائع مالك.

ويضيف أن من يبيع جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة يكون تصرفه بحدود حصته في هذا الجزء المفرز صحيحا، ويكون بيعا لملك الغير فيما يتعلق بحصص باقي الشركاء الآخرين على الشيوع في هذا الجزء المفرز.

ثانيا: موقف القانون المدني من بيع الشريك حصة مفرزة من المال الشائع بعد القسمة.

بموجب نص المادة (1031 مدني أردني 826 مدني مصري) السابق ذكرهما، فإن باع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع فان هذا الجزء بعد القسمة إما أن يقع في نصيب البائع أو لا يقع.

أما إن وقع الجزء المفرز بعد إجراء القسمة في نصيب البائع فإن البيع والحالة هذه يستقر نهائيا على الجزء المبيع، لذلك لم ينص المشرع الأردني والمصري على حكم خاص لهذه الحالة لوضوح الحكم فيها، وهذا يقودنا للقول بأن الحكم واحد في حالة وقوع الجزء المفرز في نصيب البائع بعد القسمة سواء كان المشتري عالما بالشيوع أم جاهلا به. وبالتالي فإنه لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع في حالة جهله بالشيوع لأن هدفه الذي يريده تحقق[1].

وهذا الحكم يقودنا إلى تقرير حكم آخر هو عدم إمكانية تمسك المشتري بحقه بالإبطال فيما لو أقر باقي الشركاء بيع الشريك الجزء الشائع، فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال بعد القسمة حتى ولو كان يعتقد أن البائع مالك ملكية مفرزة.

أما إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب البائع فإنه يستفاد من نص المادة (1031 أردني-826 مصري) أن حق المشتري ينتقل من وقت البيع إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة وللمشتري في هذه الحالة حق طلب الإبطال إذا كان يعتقد أن البائع يملك ملكية مفرزة.

أما الفقه الإسلامي فموقفه من مسألة بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع يختلف عن موقف القانون المدني.

ففي الفقه الحنفي ورد في حاشية ابن عابدين "لو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معينا أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع، كذا في غالب كتب المذهب معللين

---

(1) تنص المادة (156) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. 2- ويبقى ملتزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الفريق الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد" تقابل المادة 124 من القانون المدني المصري.

بتضرر الشريك بذلك عند القسمة إذ لو صح في نصيبه لتعين نصيبه فيه، فإذا وقعت القسمة لدار كان ذلك ضررا على الشريك إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحالة هذه، لأن نصفه للمشتري ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريقة القسمة... "[1]. فعبارة "فللآخر أن يبطل البيع" توحي أن العقد في هذه الحالة يكون موقوف، فالعبارة السابقة تصح على النحو التالي: فللآخر أن يجيز البيع كما وله حق إبطاله. أما لو كان العقد باطلا لما احتاج إلى إبطال.

أما في الفقه الظاهري فلقد أورد ابن حزم المحلي"لا يحل لأحد من الشركاء إنفاذ شيء من الحكم في جزء معين مما له فيه شريك"[2].

أما بالنسبة لمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى فهي لم تشير إلى هذا النوع من البيوع وكل ما ذهبت إليه هو تصرف الشريك بالبيع أو الرهن في نصيبه كله من بيت معين[3] وهذا في حقيقة الأمر

---

(1) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج4، ط2، دار الفكر، 1962، ص302. عبارة " فللآخر أن يبطل البيع " توحي بأن العقد موقوف وللآخر حق إجازته أو إبطاله. علما أنه لم يرد في مجلة الأحكام العدلية نص صريح يحكم بإبطال بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع، ولكن ورد في شرح المادة (215) ما يعني أن البيوع التي من شأنها ترتيب ضرر على الشريك هي بيوع باطلة ومن ضمن هذه البيوع " إذا باع أحد الشريكين في الدار المشتركة بيتا معينا منها أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع لتضرر الشريك بذلك عند القسمة " أنظر: الباز، سليم رستم: شرح المجلة، ط3، المجلد الأول، بيروت، دار الكتب العلمية، ص103- 104. ونحن نرى بأن شارح المجلة وابن عابدين بقولهم السابق يؤكدون على أن بيع الشريك جزأ مفرزا من ماله الشائع بيعا ليس باطلا لأن البيع الباطل لا يحتاج إلى إبطال وإنما البيع الموقوف قد يبطل من جانب من تقرر الإبطال لمصلحته وهو هنا الشريك الآخر، كما قد يجاز من جانبه أيضا. ومن هذا الأساس نستطيع تفسير المادة (1075) من المجلة والتي تنص على أنه".... ولا يجوز له من ثم أن يتصرف في حصة شريكه بدون إذنه..." على أنها جعلت حكم هذا النوع من البيوع هو توقف آثار هذا البيع على إجازة الشريك الآخر وليس البطلان.

وهناك من يطبق على هذا البيع حكم الفضالة. راجع في هذا الرأي: بودي، حسن محمد محمد، **حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص302.

(2) المحلي، ابن حزم، ج8، د.ط، مصر، د.ن، 1350، ص561.

(3) جاء في المغني" يصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه أو يرهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه، وقال القاضي يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه، ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره، وما ذكر لا يصح، لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه "ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص37.

ليس إفرازا بقدر ما هو شيوعا، إذ أن الشريك يتصرف في نصيبه كله من شيء معين من بـين عدة أشياء أخرى.

وموقف الفقه الإسلامي هذا يختلف عن موقف القانون الوضعي الذي يجيز بيع الشـريك جزء مفرز من المال الشائع وفق ضوابط معينة، ومنها حالة ما إذا وقع في نصيب البائع جـزء آخر غير المتفق عليه. وبهذه الحالة يكون القانون قد أجاز انتقال حق المشتري إلى هذا الجـزء. والشريعة الإسلامية لا تقر هذا الانتقال، لأن انتقال حق المشتري إلى محل لم يرد عليه العقد لا تقره الشريعة الإسلامية إلا إذا كان ذلك بعقد جديد[1].

الفرع الثالث: بيع الشريك كل المال الشائع

لقد رأينا في الفرع السابق أن المادة (2/1031 مدني أردنـي والمـادة 2/826 مـدني مصري) تعالجان صورة بيع الشريك جزأ مفرزا من المال الشائع، دون أن تتعرض لحالة بيـع الشريك كل المال الشائع، مما يجعلنا نتساءل عن حكم بيع الشريك كل المال الشـائع فـي ظـل القانون المدني المقارن؟

يرى بعض الفقهاء أنه إن قام أحد الشركاء ببيع كل المال الشائع، فإن هذا البيع يصح في حصته فقط ولا يسري في حق باقي الشركاء، بل يكون لهم رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقهـم على الشيء المبيع وفي نفس الوقت يجوز لهم أن يقروا هذا البيع ليصبح نافذا في حقهم.

وعلى هذا الرأي فإن بيع كل المال الشائع يعد بيعا صحيحا وينتج آثاره بين طرفيـه ولا يجوز للمشتري طلب الإبطال إلا إذا كان يعتقد أن البائع يملك العين كلها ملكية مفرزة.

على ما يبدو أن هذا الرأي يبني حكمه على نص المـادة (2/1031 أردنـي والمـادة 2/826 مصري) اللتان تجيزا للشريك بيع جزأ مفرزا من ماله الشائع دون اشتراط مساواة هذا الجـزء لحصة الشريك الشائعة، فربما تزيد عنها وبالتالي لا مانع من تطبيق هذه المادة على صورة بيع

(1) الخفيف، علي: **الملكية في الشريعة الإسلامية**، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص222.

الشريك كل المال الشائع ولذا لا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع لا قبل القسمة ولا بعـدها إلا إذا كان يعتقد أن البائع يملك العين ملكية مفرزة لا شائعة[1].

ويذهب الفقه المصري إلى ضرورة صدور البيع من جميع الملاك حتى يكون بيع كـل المال الشائع نافذا في حقهم جميعا. أما إن باع أحد الشركاء كل المال الشائع، فإنه يكون قد بـاع ملكه أي حصته الشائعة وباع ملك غيره أي حصص باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا البيع يكون صحيحا في حدود حصته وقابلا للإبطال فيما يعادل حصص باقي الشركاء ويحق لهؤلاء طلـب إبطال البيع دون انتظار القسمة. أما المشتري فيكون من حقه طلب الإبطال فيما زاد على نصيب البائع بل وله أن يطلب الإبطال بالنسبة لكل المال الشائع في حال جهله بملكية البائع للمال علـى سبيل الشيوع بأن كان يعتقد أنه يملك ملكية مفرزة[2].

وما تقدم ذكره يعني أن الفقه القانوني يفرق بين حالتين:

الأولى: حالة علم المشتري بالشيوع. والحكم في هذه الحالة - كما سبق أن رأينا عند البحث في بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع- هو أنه لا يجوز للمشتري أن يطلـب الإبطـال، لأن إرادته اتجهت إلى إحداث هذا الأثر القانوني وهو على بصيرة من أمره. ذلك أنه قد اشترى وهو متوقع أن البائع قد يستطيع أن يستخلص كل المال لنفسه، وإلا فمن حق المشتري أن ينقص مـن الثمن بما يعادل ما وقع في نصيب البائع، ولكن ليس من حق المشتري أن يطلب الفسخ كما يرى بعض الفقهاء، لأن المشتري من بداية البيع يعلم بحالة الشيوع ومتوقع لكل النتائج[3].

---

(1) كيرة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، فقرة 114، ص365- 366.

(2) ويقول الدكتور أنور سلطان في هذا الصدد" أما إذا كان يعلم أن البائع لا يملك كل المبيع، فإن البيع يعتبر صحيحا فيما يتعلق بحصة البائع وباطلا فيما يتعلق بحصة باقي الشركاء" سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقـرة 322، ص338. ويقصد الدكتور أنور سلطان في البطلان في الحالة الثانية، البطلان النسبي، أي قابلية العقد للإبطال. وأنظر كذلك: مرسي، **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج6، عقد البيع وعقد المقايضة**، د.ط، المطبعة العالميـة، 1373- 1953، ص521.

(3) كيرة، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص365-366.

الثانية: حالة جهل المشتري بالشيوع.

في هذه الحالة يكون من حق المشتري طلب إبطال البيع قبل القسمة للغلـط، أمـا بعـد القسمة فإذا وقع المال كله في نصيب البائع فمن حق المشتري أن يطلب إبطـال البيـع نظـرا لتفريق الصفقة عليه.أما إن وقع المال كله في نصيب البائع فيكون قد استقر نهائيا وبالتالي تحقق ما أراد المشتري، فمن الطبيعي والحالة هذه أن لا يحق للمشتري طلب الإبطال طالما أن البـائع استخلص المال كله لنفسه.

إذن بيع الشريك كل المال الشائع بيع صحيح بين طرفيه غير نافـذ فـي حـق بـاقي الشركاء، إذ يكون لهؤلاء الشركاء رفع دعوى الاستحقاق. ويكون لهم أيضا أن يقروا هذا البيـع ليصبح نافذا بحقهم جميعا.

لاحظ أن الحديث كأنه يدور حول بيع ملك الغير، فهل صحيح كما يقـول كثيـر مـن الفقهاء[1] أن بيع الشريك كل المال الشائع هو بيع لملك الغير فيما يتجاوز حصة البائع؟

قد يقال بأن بيع الشريك كل المال الشائع لا يعدو أن يكون سوى بيعا لملك الغير، ذلـك أنه إذا باع الشريك كل المال الشائع بينه وبين شريكه فإنه يكون قد باع بالإضافة إلى ملكه ملك غيره. نستطيع أن نقرر مبدئيا بأن الشريك البائع يكون بائعا لملك غيره فقط في نصيب شـريكه في الشيوع وهذا القول من شأنه أن يمنح الشريك الآخر باعتباره" مالك " استرداد نصـيبه فـي الشيوع من المشتري.

إذا في هذه الحصة " حصة الشريك الآخر" نكون أمام بيع لملك الغيـر. فهنـاك بـائع ومشتري ومالك، والحكم في هذه الحالة - حسب أحكام بيع ملك الغير- أن البيع يسري في حق البائع والمشتري مع تقرير قابلية التصرف للإبطال لصالح المشتري، ويكون للمالك فـي هـذه الحالة رفع دعوى الاسترداد.

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 169، ص303. مرقس، سليمان وآخر ، عقد البيع في التقنين المدني الجديـد، فقـرة 285، ص465.

ولكن هل الحكم السابق ينطبق على بيع الشريك كل المال الشائع؟

لقد رأينا أن أحدا من فقهاء القانون لم يقرر مثل هذا الحكم، بل فرقوا بـين حالـة علـم وجهل المشتري بالشيوع، وحالة ما قبل وما بعد القسمة، ورتبوا على كل حالة حسب ظروفهـا حكم خاص بها. بل وفي بعض الأحيان استعانوا بالقواعد العامة لتسعفهم بالحل، كما حدث فـي حالة علم المشتري بالشيوع مع عدم استطاعة البائع استخلاص المال كله لنفسه، فمن الفقهاء من أعطى المشتري حق الفسخ، ومنهم من أعطاه حق إنقاص الثمن بقيمة الحصص غير الواقعة في نصيبه.

ولكن ما هو سر ابتعاد الفقهاء عن تطبيق أحكام بيع ملك الغير على هذه الحالة مع أنـه من الممكن تطبيقها كما أوضحنا، فالعلاقة واضحة والأطراف والمحل بل والشـروط متـوافرة لحالة قيام بيع ملك الغير.

أعتقد بأن سر ابتعاد فقهاء وشراح القانون عن تطبيق أحكام بيع ملك الغير هـو نـص المادة (2/1031 مدني أردني و 2/826 مدني مصري) علما أن هذه المواد لم تتطـرق لا مـن بعيد ولا من قريب إلى حالة بيع الشريك كل المال الشائع وإنما اجتزأت على بيع الشريك جـزء مفرز من المال الشائع وقررت أحكاما للحالة الأخيرة فقط.

على ما يبدو أن شراح القانون بالقياس على هذه النصوص السابقة حكمـوا علـى بيـع الشريك كل المال الشائع، لهذا جاءت أحكامهم قريبة كل القرب من حالة بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع. وما لم يجدوا له حكما من هذه المواد، ذهبوا فيه إلى القواعد العامـة الغنيـة بالحلول. ولكن هل يصح مثل هذا القياس؟ بمعنى لماذا لم يقيسوا على أحكام تكـاد تكـون قـد قررت لمثل هذه الحالة؟

في الحقيقة لا يسعني القول في الإجابة على هذا السؤال سوى أن أنضم إلى قافلة الفقهـاء فـي تنظيم بيع الشريك كل المال الشائع على أساس القواعد العامة في الشيوع ومنهـا نـص المـادة (2/1031 مدني أردني و 2/826 مدني مصري) والسبب في قولي هذا هـو أن المشـرع وإن تحدث عن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع إلا أن هذا لايعني استبعاده لحالة بيع الشريك

كل المال الشائع لما بين البيعين من تشابه. إذ أنه إن كان بيع الشريك كل المال الشائع – كما قلنا – بيعا لملك الغير في الجزء غير الواقع في نصيب البائع، فإن بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع من باب أولى هو بيع لملك الغير عندما لا يقع هذا الجزء في نصيب البائع.

والذي جعلنا نخرج بيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع من نطاق بيع ملك الغير هو أحكام المادة (2/1031) ولنفس السبب نخرج بيع الشريك كل المال الشائع من نطاق بيع ملـك الغير لنعتبرها بيوعا لها طبيعتها الخاصة جاء المشرع لها بأحكام خاصة يجب أن تطبق عليهـا كما هي في القانون المدني.

ويرى الأستاذ الدكتور أمين دواس إن نص المادة (2/1031) من القانون المدني الأردني ونص المادة (2/826) من القانون المدني المصري، لا يمنعان من القول بأن بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع وبيع الشريك كل المال الشائع ما هي في حقيقة الأمر إلا صور خاصـة من بيع ملك الغير، وإن هذه النصوص عالجت أحكام الشيوع لما لها من خصوصية تنفرد بهـا عن بعض أحكام بيع ملك الغير، إلا أن هذا الخروج من المشرع الوضعي لا يجعلنا نقرر بـأن بيع الشريك جزءا مفرزا من ماله على الشيوع أو بيعه كل المال الشائع هو بيـوع قصـد لهـا المشرع طبيعة خاصة، وإنما هي صور خاصة من بيع ملك الغير خرج فيها المشرع عن بعض أحكام بيع ملك الغير.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من بيع الشريك كل المال الشائع، فإن هذا الفقه يفرق بين أمرين، الأمر الأول يتمثل في علاقة البائع بباقي الشركاء، والأمر الثاني يختص في علاقة البائع بالمشتري.

أما في العلاقة ما بين البائع بباقي الشركاء، فالبيع يكون صحيحا إذا ما تم بـإذن بـاقي الشركاء، أما إن كان هذا البيع قد تم بغير إذن باقي الشركاء فإن الفقهاء يجعلون مثل هذا البيـع صحيحا بمقدار حصة الشريك البائع ويفسد في نصيب باقي الشركاء، لأن كل من الملكـين فـي نظر الفقهاء المسلمين حكم لو انفرد، أما إن جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه. أما إذا كان الشيء المشترك مما لا ينقسم كالدابة مثلا وباع الشريك نصيبه وهذا يعني تسليم المال كله للمشـتري،

فإن حكم هذه المسألة كما جاء في حاشية الدسوقي "إن كان البيع قد تم دون إذن الشريك الآخـر فان البائع يضمن حصة شريكه إذا تلفت الدابة"[1].

أما علاقة البائع بالمشتري، ففي حالة علم المشتري بملكية البائع للعين على الشيوع، فإنه لا يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال لأنه على بصيرة من أمره، أما إن كان المشـتري جـاهلا بحالة الشيوع، بل كان معتقدا أن البائع يملك المال ملكية مفرزة، ففي هذه الحالة يكون المشتري أمام خيارين، الإمساك أو الرد. أما بالنسبة للبائع فلا خيار له لأنه باع ما يريد من نصيبه وليس من حقه ذلك فهو قد رضي بزوال ملكه مما يجوز بيعه بقسط[2].

إذن مما تقدم يتضح أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في مسألة بيع الشريك كل المال الشائع في جعل مصير البيع في يد المشتري ليقرر فسخه أو إبطاله، ويتفقان من حيث

(1) الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المطبعـة الأزهريـة، 1309، ص236.

(2) مصدر ما جاء في المتن أقوال الفقهاء المسلمين التالية: جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " فإن وقع وبـاع أحد الشريكين حصته في الدابة وسلمها للمشتري بغير إذن شريكه وتلفت فقال في الذخيرة مقتضى القواعـد العامـة أنـه يضمن البائع حصة الشريك لأن أقل أحوال هذا الشريك البائع أن يكون كالمودع، والمودع إذا وضع يد أجنبي على الأمانة بغير إذن ربها فإنه يضمن لتعديه" الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص236. وجاء أيضا فـي المغني " باع مشتاعا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما يقسم عليـه الـثمن بـالأجزاء كقفيـزين متساويين لهما، فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما. وأصـل الـوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين: (الأولى) يفسد فيها (الثانية) يصح في الحرة. والوجه الأول قـول مالـك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي. وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حـلالا وحرامـا فغلـب التحريم. ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختـين وبيـع درهـم بدرهمين.

ووجه الأول إن كان واحد منها له حكم لو كان منفردا، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شـقطا وسـيفا، ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه، فصح كما لو انفرد، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم فـي محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوته عند قبوله فيصح الأمر كما لو وصى بشيء لآدمي وبهيمـة وأمـا الـدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه.

وقد حكمنا بالصحة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة، وإن لم يعلم مـثلا إن اشـترى ناقـة يظنها أنها مملوكة كلها للبائع، فبان أنه لا يملك إلا نصفها، فله الخيار بين الفسخ والإمساك، لأن الصفقة تبعضت عليه، أما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه" ابن، قدامة، المغني، ج4، ص38.

المبدأ أيضا على عدم سريان هذا البيع في حق باقي الشركاء، إذ يكون لهم الحـق فـي إبطالـه حسب القانون، ويكون البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء حسب الفقه الإسلامي[1].

ولكن لو نظرنا إلى أقوال الفقهاء السابقة في بيع الشريك كل المال الشائع إضـافة إلـى نص المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية[2] لوجدنا أن الفقه الإسلامي يخص مسـألة بيـع الشريك كل المال الشائع بحكم خاص به على عكس القانون الوضعي الذي تـرك هـذا البيـع لاجتهادات الفقهاء التي تعددت وتضاربت بين اعتباره بيعا لملك الغير أم بيعا صحيحا.

(1) ويبقى الفارق الجوهري بين الفقه والقانون في مسألة العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، وسـنأتي علـى شـرحه بالتفصيل في الفصل القادم من هذه الرسالة.

(2) وتنص المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية على أن" كل من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الآخر ولا يعتبر أحد وكيلا عن الآخر فلذلك لا يجوز تصرف أحدهما في حصة الآخر بدون إذنه..."

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي

وفيه مطلبين:

المطلب الأول: القواعد العامة وبيع ملك الغير

المطلب الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نظرية بطلان بيع الفضولي

المطلب الثاني: نظرية توقف بيع الفضولي

المطلب الثالث: الموازنة بين النظريتين

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أحكام العقد الموقوف

المطلب الثاني: أحكام العقد القابل للإبطال

المطلب الثالث: بيع ملك الغير بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

لقد تضمن القانون المقارن نصوصا تبين لنا الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، ولكن بالرغم من ذلك اختلاف شراح القانون حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من البيوع. لهذا ارتأيت تخصيص المبحث الأول من هذا الفصل لعرض النظريات التي قيلت في هذا الشأن وتحديد موقفنا منها.

ونظرا لأن الفقه الإسلامي يقف موقفا مغايرا لموقف القانون، جعلنا المبحث الثاني لدراسة النظريات التي جاء بها الفقهاء المسلمون لتحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير. أما المبحث الثالث فقد خصصناه لإجراء المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني لنرى أي الفقهين أصوب وأدق في نظرته.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في ظل القانون الوضعي

لقد تعددت النظريات القانونية التي قيلت في شأن الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، فبعض هذه النظريات تجد أصلها في القواعد العامة وبعضها يخرج عن نطاق القواعد العامة.

لهذا فإننا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في الأول نبحث في النظريات المستمدة من القواعد العامة، وفي الثاني نبحث في الطبيعة الخاصة لبيع ملك الغير كما قال أغلب الفقه.

المطلب الأول: القواعد العامة وبيع ملك الغير

تنص المادة (466) من القانون المدني المصري على أنه "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع..." [1].

---

(1) تقابل المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أنه" بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية: 2- إذا أجازه المالك. 3- إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع" واضح أن المشرع اللبناني شأنه شأن المشرع المصري يجعل العقد قابلا للإبطال وليس باطل كما تقضي الفقرة الأولى من المادة (385) بسبب أن العقد الباطل

واضح من النص السابق أن بيع ملك الغير في ظل هذا القانون هو بيع قابل للإبطال وهذا واضح من عبارة "جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع[1] ولكن بالرغم من ذلك اعتبر البعض هذا البيع قابل للفسخ لعدم تمكن البائع من تنفيذ التزامه بنقل الملكية، بل إن البعض اعتبر هذا البيع موقوف على إجازة المالك كما هو الحال في الشريعة الإسلامية. وفقهاء آخرون تطرفوا في رأيهم واعتبروا البطلان المنصوص عليه في المادة (466) من القانون المدني المصري، هو بطلان مطلق، ورأيهم هذا على ما يبدو شجع آخرون في المناداة بفكرة تحول العقد. ولم يبق أمام الباقين سوى التمسك بفكرة البطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال.

والآن نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع موزعة على النحو التالي:

الفرع الأول: نظرية الفسخ.

الفرع الثاني: نظرية العقد الموقوف.

الفرع الثالث: نظرية البطلان المطلق.

الفرع الرابع: نظرية البطلان النسبي.

الفرع الأول: نظرية الفسخ

ذهب بعض الفقه[2] إلى القول بأن المشرع المصري وإن نص على بطلان[3] بيع ملك الغير في المادة (466) من القانون المدني إلا أنه في الحقيقة لم ينظم إلا الفسخ، ذلك أن القانون يجعل من

لا يصحح بالإجازة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة، لهذا كان الأحرى بالمشرع اللبناني أن يقول" بيع مال الغير قابل للإبطال في الأحوال الآتية..

(1) لا يوجد في قانون الموجبات والعقود اللبناني عبارة مشابهة يستفاد منها جواز إبطال بيع ملك الغير من قبل المشتري إلا إذا اعتمدنا على العبارة الواردة في المادة (385) من القانون اللبناني والتي تقول" ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير" فهذه العبارة وإن نصت على حرمان البائع من إبطال البيع إلا أنها لم تنص على حرمان المشتري من حقه في طلب الإبطال. وعلى أي حال نقول بأن النص المصري كان أكثر وضوحا من النص اللبناني.

(2) الشرقاوي، جميل: **نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري**، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، فقرة 107، ص278-281.

(3) البطلان المقصود هنا البطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال.

تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه سببا للمتعاقد الآخر في طلب فسخ العقد[1] ولأن بائع ملك غيره لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، لأنه غير مالك، فيكون من حق المشتري فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه. أما إن تمكن البائع من تنفيذ هذا الإلتزام بأن حمل المالك الحقيقي على إقرار البيع الصادر منه، أو تمكن من امتلاك الشيء المبيـع مـن المالـك الحقيقي فلا محل عندئذ للفسخ.

لهذا فهم يقولون "إن المسألة لا تقف عند هذا الحد، ذلك أن تكييف نظام معين، يجب ألا يؤخذ من تسميته بل يرجع فيه إلى القواعد التي تحكمه، والنظر إلى قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه به، بلا أدنى تردد، إلى نطاق نظرية الفسخ، ولذا يجب أن نكيفه كذلك، دون أن تقعـد بنـا التسمية الواردة في النصوص في منتصف الطريق"[2] ورتبوا على الأخذ بهذه النظرية ما يلي:

1- يكون المشتري وحده صاحب الحق في طلب الفسخ.

2- إذا رفع المشتري دعوى الفسخ وقبل صدور الحكم أقر المالك الحقيقي البيع أو تمكن البـائع من تملك المبيع لا يجوز للمحكمة أن تحكم بفسخ العقد.

3- يكون من حق المشتري بالإضافة إلى فسخ العقد، المطالبة بالتعويض.

وهناك من يرى بأن قواعد الفسخ من الممكن تطبيقها على صورة واحدة من صور بيـع مالـك الغير، وهي الصورة التي يكون فيها المشتري يعلم بملكية المبيع للغير، إذ العقد في هذه الصورة لا يعتبر بيعا، لأن إرادة المتعاقدين والحالة هذه تكون قد اتجهت إلى التزام البائع بتخليص ملكية المبيع لنفسه، ليقوم بعد ذلك بنقلها للمشتري، أو يحصل على إقرار المالك بالبيع، فإذا لم يـتمكن البائع من تنفيذ هذا الإلتزام، جاز للمشتري حينها طلب فسخ العقد[3].

---

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة (246) من القانون المدني الأردني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يـوفي أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه" أنظر كذلك الفقـرة الأولى من المادة (156) من القانون المدني المصري.

(2) الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، فقرة 107، ص281.

(3) سلطان، العدوى، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 249، هامش "1" ص188- 189.

وبالرغم من قوة حجج أنصار هذه النظرية، إلا أنها تصطدم مع نص المادة (466) من القـانون المدني المصري. وبالتالي لا يجوز القول بتطبيق القواعد العامة وتجاهل النص الخـاص الـذي جاء به المشرع المصري تحت عنوان بيع ملك الغير. فالأحرى تطبيق النص الخاص أي جعـل الحكم قابلية البيع للإبطال لمصلحة المشتري، لا الفسخ كما ذهب أنصار هذه النظرية، لما بـين القابلية للإبطال والفسخ من فرق كبير[1].

ويعيب البعض على نظرية الفسخ، عدم إمكانية القاضي الحكـم بالفسـخ متـى طلبـه المشتري بعد أن أصبح البائع مالكا للمبيع، بعكس الأمر في دعوى الإبطال فإن القاضي يحكـم بها حتى لو أصبح البائع مالكا للمبيع اللهم أن يكون ذلك بعد رفع الدعوى لا قبلها[2].

الفرع الثاني: نظرية العقد الموقوف

خرج بعض فقهاء القانون المصري[3] بصدد تأصيل الطبيعة القانونية لبيع ملـك الغيـر، عـن القواعد العامة في القانون المدني المصري[4]. واستعانوا بفكرة العقد الموقوف التي عرفها الفقه

(1) على ما يبدوا فإن معظم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية تعود إلى الفرق ما بين الفسخ والقابلية للإبطال. وفي هذا الشأن يقول الدكتور سليمان مرقس" من ذلك:(1)- أن قواعد الفسخ تقضي بأنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعذار المـدين في حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال دون إعذار البائع، (2) وأن قواعد الفسخ تجيز للمحكمـة أن تمنح المدين أجلا للوفاء في حين أن المحاكم تقضي بأنه متى طلب المشتري الإبطال تعين الحكم له به، أي أن المحاكم لا تملك في طلب الإبطال سلطة التقدير خلافا للأمر فيما يتعلق بالفسخ..." مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 301، ص716.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 155، ص276. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 301، ص716. ونحن نرى بأن المانع الوحيد من تطبيق القواعد العامة في الفسخ على بيع ملك الغير هو نص المـادة (466) مـن القـانون المـدني المصري، فهذا النص هو نفسه الذي رتب عليه البعض الحكم بعدم إمكانية القاضي الاستجابة لطلب المشتري بالفسخ متى أصبح البائع مالكا للمبيع، إذ لولا هذا النص لكان الحكم في بيع ملك الغير هو نفس الحكم في القواعـد العامـة، أي عـدم الاستجابة لدعوى المشتري متى تمكن البائع من تخليص الملكية لنفسه. بعبارة أخرى لولا نص المادة (466) لكان حكـم بيع ملك الغير هو الفسخ لا القابلية للإبطال لمصلحة المشتري.

(3) شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، مرجع سابق، ص79 وما بعدها. وأشار إلى هذا الرأي: عبد البر، محمد زكي، **العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري**، مقالة في مجلة القـانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون، القسم (1)، ص74-75 هامش رقم 209.

(4) هذه النظرية إن خرجت عن القواعد العامة في القانون المدني المصري، فإنها تعتبر من القواعد العامة حسب القانونين المدنيين الأردني والعراقي ، الأمر الذي جعلني أدرس هذه النظرية بايجاز في هذا الموقع. وسوف نبحثها بالتفصيل عنـد دراسة الطبيعة القانونية حسب الفقه الإسلامي.

الإسلامي، لأن هذه الفكرة توقف تصرف البائع في ملك غيره على إقرار المالك نفسه، حتى لا يضار من تصرف غيره، فإن أقر هذا التصرف - بأن رأى بأن مصلحته في هذا البيع - فإن البيع يسري في حقه وفي حق غيره، وإن رأى مصلحته في رفض هذا البيع، ورفض إقراره، بطل البيع وانعدم أثره.

وبالرغم من قوة هذا الرأي المستمد من قواعد الفقه الإسلامي، إلا أنه يتعارض مع التنظيم القانوني لبيع ملك الغير، هذا التنظيم الذي يجعل بيع ملك الغير ينتج كافة آثاره من وقت انعقاده ما عدا انتقال الملكية، على عكس العقد الموقوف[1].

بعبارة أخرى، إن أحكام بيع ملك الغير حسب القانون الوضعي لا تتفق مع فكرة العقد الموقوف حسب الشريعة الإسلامية. ولا يمكن بحال من الأحوال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حال غياب النص التشريعي[2] وفي بيع ملك الغير يوجد نص تشريعي صريح يجعله بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وليس عقدا موقوفا على إقرار المالك[3].

الفرع الثالث: نظرية البطلان المطلق

لقد ذهب بعض الفقه في فرنسا[4] إلى أن البطلان المنصوص عليه في المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي هو بطلان مطلق تأسيسا على انعدام السبب أو استحالة المحل.

وفقا لهذا الفقه فإن المشتري يلتزم بالثمن بلا سبب، ولكن هل صحيح أن العقد في حالة بيع ملك الغير منعدم السبب؟

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 157، ص281. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 303، ص719.

(2) راجع الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري.

(3) لنا عودة في تفصيل أحكام العقد الموقوف عند دراسة الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير حسب الفقه الإسلامي، ص72. وسوف نبحث موقف المشرع الأردني والعراقي

(4) في عرض هذه الآراء في الفقه الفرنسي أنظر: السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 155، ص276. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 303، ص716-718. الهلالي، أحمد نجيب: **البيع والحوالة والمقايضة، شرح القانون المدني في العقود**، ج1، مصر، مطبعة الاعتماد، 1924- 1925، فقرة 341، ص198. عمران، محمد علي: **شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي**، د.ط، ليبيا، المكتبة الوطنية، د.ت، فقرة 551، ص225-227. الحكيم، جاك: العقود الشائعة أو المسماة، مرجع سابق، فقرة 90، ص79-80.

في الحقيقية إن مجرد تعذر تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية للمشتري فور العقد لا يكفي للقول بانعدام سبب التزام المشتري، إذ قد يتملك البائع في المستقبل الشيء المبيـع أو قـد يقـر المالك الحقيقي البيع الصادر من البائع. حينها يتمكن البائع من تنفيـذ التزامـه بنقـل الملكيـة للمشتري. وبالتالي يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

إذا لا يصح القول بأن أساس بطلان بيع ملك الغير هو انعدام سبب التزام المشـتري. إذ لو صحت مسألة انعدام سبب التزام المشتري لكان الأحرى تطبيق نظرية الفسخ، لاسيما أننا أمام عقد بيع فيه تبادل في الإلتزامات، ومجرد إخلال طرف في تنفيذ التزامه، يرتب الحق للطـرف الآخر في فسخ العقد حسب القواعد العامة وليس بطلانه[1].

أما بالنسبة لاستحالة المحل، فوفقا لهذه النظرية يستحيل على البائع غير المالك أن ينقـل ملكية المبيع إلى المشتري. وبالتالي فان بيع ملك الغير بيع باطل بطلانا مطلقا.

إلا أن الأمر في الحقيقة ليس كما يتصوره هذا الفقه، فالقواعد العامة ترتـب الـبطلان المطلق على الاستحالة المطلقة[2] التي تستحيل على الكافة لا الاستحالة النسبية التي تستحيل على

(1) ويرى الدكتور منصور مصطفى منصور بأنه قد يصح اعتبار العقد في بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لا لانعـدام سبب التزام المشتري وإنما لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية وذلك وفقا للقواعد العامـة. وهـذا يعنـي أن التـزام المشتري بدفع الثمن يكون بلا سبب. راجع: منصور، البيع والمقايضة والإيجار، مرجـع سـابق، فقـرة 115، ص227 وص254. وأفضل القول بعدم صحة الأساس الذي يبنى عليه البطلان المطلق من انعدام سبب التزام المشتري أو استحالة محل التزام البائع، لأننا في كل الأحوال أمام عقد بيع ملزم للجانبين. إذ لو لم يوجد نص خاص كنص المادة (466) مـن القانون المدني المصري، لقلنا بوجوب الفسخ لا البطلان. ورأي الدكتور منصور يفترض أن الاستحالة في بيع ملك الغيـر استحالة مطلقة والأمر ليس كذلك كما سنرى. وخير ما يقال في هذا الشأن ما أورده الدكتور إسماعيل غانم إذ يقول " فليس في القواعد العامة في انعقاد العقد وصحته ما يمكن الاستناد إليه للقول ببطلان البيع لمجرد أن البائع لم يكن مالكا للمبيـع وقت العقد. إذ كل ما يمكن أن يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة بمقتضى العقد بأن ينقل الملكية إلى المشتري، إن لـم يقـم بتنفيذ هذا الإلتزام، وجزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين هو الفسخ لا البطلان" غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص21-22.

(2) تنص المادة (132) من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد بـاطلا" تقابل نص المادة (159) من القانون المدني الأردني. والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المطلقة لا النسبية. راجع في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص162.

البعض دون البعض الآخر، كالمالك في بيع ملك الغير الذي يملك إجازة هذا البيع بل والبائع نفسه حينما يصبح مالكا[1].

وهناك تناقض عند فقهاء القانون المصري في أصل المسألة التي تؤدي إلى بطلان العقد، فهناك فرق بين وجود المحل أو عدم استحالة وجوده وهو شرط انعقاد وركن في العقد وفقده يمنع الانعقاد وبالتالي يكون العقد باطلا.

وبين أمر آخر وهو ملك المتصرف للمحل، فالمحل موجود أي أن شرط الانعقاد للمحل متوفر ولكن المتصرف لا يملك المحل، لهذا اعتبر الفقهاء المسلمين أن شرط ملكية المحل هو ليس شرط انعقاد إنما هو شرط نفاذ فالعقد انعقد ولكن تعلقت آثاره، أما الحكم بالبطلان لاستحالة تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، فهذه الاستحالة التي تطرأ بعد الانعقاد، فالعقد انعقد لتوافر طرفيه ومحله ولكن العقد المنعقد إن استحال تنفيذه ينفسخ، وهذه الاستحالة تحصل إن لم يجز المالك العقد أو لم يصبح المتصرف مالكا، فهذه استحالة يحكم بناء عليها بانحلال العقد ولكن لا نقول أنها مانعة ابتداء من انعقاده حتى نحكم ببطلانه، ذلك أنه حسب القواعد الفقهية العامة فإنه يجب صيانة كلام

---

(1) ويقول الدكتور توفيق حسن فرج في هذا الصدد" ولكن ينبغي أن يراعى أنه في الحالات التي لا يؤدي فيها البيع بذاته إلى نقل الملكية، فإن البائع يلتزم بنقلها. فإذا لم يقم بذلك، فإنه يوجد في مركز متعاقد لم ينفذ التزاما يترتب على عاتقه بمقتضى عقد صحيح، وليس في مركز متعاقد غير ملتزم لأن العقد باطل. ولا ينبغي أن يقال أنه طالما أن الإلتزام لم ينفذ، فإنه يكون بدون محل وإن الإلتزام المقابل له بدون سبب" فرج، توفيق حسن: **عقد البيع والمقايضة**، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ت، فقرة 75، ص177. ويرى الدكتور عبد المنعم البدراوي أن القول بانعدام المحل أو استحالته غير دقيق. فانتقال الملكية لا يمكن اعتباره محلا للعقد ثم إن الاستحالة هنا نسبية لا مطلقة. البدراوي، الوجيز في عقد البيع، ص416. وإذا وافقنا الدكتور البدراوي في الثانية فإننا لا نستطيع موافقته في الأولى. لأن موضوع المحل لا زال محل جدل فقهي، فالبعض يعتبر المحل ركن في العقد لا الإلتزام. راجع في هذا الاتجاه: السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة. والبعض الآخر يعتبر المحل ركنا في الإلتزام وركنا في العقد. أنظر في هذا الاتجاه: سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، ط1، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، 1987، فقرة 123، ص93. ونحن نعتقد بصحة الرأي الأخير الذي يذهب إلى أن لكل من العقد والإلتزام محل وهذا ما ذهب إليه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (186) التي تنص على " إن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات"فبداية هذا النص يتحدث عن محل العقد وآخره يتحدث عن محل الإلتزام مع الأخذ بعين الاعتبار أننا لا نستطيع أن نعطي أكثر من حكم أو وصف لعقد بأن نقول صحيح وباطل، فلا نستطيع القول عقد صحيح والتزام باطل.

العقلاء من العبث، وإعمال الكلام أولى من إهماله، فإبطال كلام العقـلاء إذا تـوافرت شـروط الانعقاد خلاف الأولى، والأولى تصحيحه حتى إذا تعذر التصحيح أبطل.

وبالرغم من أن الفقه المصري لم يؤيد هذه النظرية القائلة ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا لانعدام سبب التزام المشتري، إلا أن الدكتور سليمان مرقس تبنى الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا لاستحالة محل التزام البائع استحالة مطلقة حسب الظـروف الخارجيـة المحيطة بالبائع، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة (144) من القانون المدني المصري حيث يقول (ونحن نسلم بصحة الاعتراضات التي وجهـت إلى كل من هذه النظريات فيما عدا الاعتراض الذي وجه إلى إحدى صورتي نظريـة الـبطلان المطلق، وهي التي تؤسس هذا البطلان على استحالة محل التزام البائع بنقـل الملكيـة، أعنـي الاعتراض الموجه إلى القول بأن استحالة نقل ملكية المبيع المملوك للغير فور العقـد اسـتحالة مطلقة، ذلك أن الاستحالة المطلقة التي تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها استحالة الأمـر على الكافة وفي جميع الظروف والأحوال وإنما المقصود بها استحالة الأمر في ظروف معينـة هي الظروف المحيطة بالمدين، وتقدر الاستحالة بمعيار موضوعي أي بمعيار الرجل المعتـاد، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد إذا وجد في مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليـه القيام بمحل الإلتزام ولو كان يستطيع القيام به في ظروف أخرى. ويعتبر من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك المبيع، ومما لا شك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه إذا كان غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته إلى غيره، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكيـة المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا.

هذا من الناحية النظرية، أما من ناحية الأحكام والنتائج العملية فمن الواضح أن نظريـة البطلان المطلق إذا أخذ بها وحدها تؤدي إلى نتائج مغايرة للأحكام التي نـص عليهـا التقنـين المصري الحالي والتي جرت عليها أحكام المحاكم من قبل. ولكن إذا أمكن تكملتهـا بقاعـدة أو نظرية أخرى من القواعد العامة التي يقوم عليها التشريع بحيث تؤدي إلـى النتـائج والأحكـام المسلمة، كان ذلك أولى بالاتباع من القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا من نوع خاص.

وعندي أن تكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل المنصوص عليها في المادة (144) مدني يمكن أن تفسر لنا جميع الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير على الوجه الآتي:

فإذا ثبت اتجاه قصد العاقدين إلى إبرام عقد بيع ناقل للملك بذاته، أي عقد بيع من النوع الأول من النوعين الذين تقدمت الإشارة إليهما وكان البائع غير مالك المبيع وقت العقد، كان محل العقد مستحيلا في ذاته أي بالنسبة إلى البائع وإلى أي شخص آخر إذا وجد في ظروف البائع، حالة كونه غير مالك، ووقع العقد الناقل للملكية بذاته الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين باطلا بطلانا مطلقا.

غير أنه يمكن تحوله إلى عقد بيع منشئ لالتزامات فقط، أي إلى عقد بيع من النوع الثاني، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علمنا أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع من النوع الأول أي الناقل للملكية بذاته إلى النوع الثاني الذي لا ينشئ إلا التزامات شخصية، وأنه لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه ولو أنه بطلان مطلق. أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلى أن يثبت العكس، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثاني كاملة ما دام المشتري لم يتمسك بالبطلان. وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ التزامات شخصية فقط ولا ينقل الملكية وأنه يصح أن يجيز المشتري العقد لأن إجازته هذه تعتبر دليلا على انصراف نيته منذ إبرام العقد إلى تحوله من النوع الأول إلى النوع الثاني وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنقل إليه الملكية، كما يسر المشرع إمكان ورود إقرار المالك على العقد وإمكان انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد أن يصير البائع مالكا...الخ. أما إذا تمسك المشتري بالبطلان، كان ذلك دليلا على أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف إلى تحول العقد من النوع الأول إلى النوع الثاني، ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لإنتاج أي أثر قانوني، وألزم البائع بالتعويض باعتباره متسببا بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقدا باطلا.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد (466) وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضا غير قابل لإثبات العكـس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري. وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير المتقدمة، وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء إلى فكرة بطلان هذا البيع بطلانا نسبيا من نوع خاص، تلك الفكرة التي تعتبر بمثابة تسليم بالعجز والتي لا ينبغي الالتجاء إليها إلا عنـد عـدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام معينة) [1].

وينتقد الدكتور منصور مصطفى منصور رأي الـدكتور سـليمان مـرقس معتبـرا أن الاستحالة المطلقة تكون فقط على أساس انتقال الملكية فور التعاقد، ولأن المشرع المصري لـم يجعل من عقد البيع عقدا ناقلا للملكية بحكمه وإنما رتب على البائع التزاما بنقل هذا الحق. ومـا دام هذا الإلتزام ممكنا في ذاته فالعقد صحيح. وكل ما يترتب على عدم ملكيـة البـائع أن هـذا الإلتزام الذي نشأ لا ينفذ بقوة القانون فور نشوئه[2].

و لا أرى بأن العلة تكمن في كون عقد البيع ناقلا للملكية بحكمه أم لا. إذ لو كان الأمر كذلك لاعتبرنا وجهة نظر الدكتور سليمان مرقس صحيحة، لأننا كنا قد سلمنا سابقا[3] بأن عقـد البيع حتى في ظل القانون المدني المصري عقد ناقل للملكية بالرغم من وجهات النظر الرافضة لذلك.

فلا أرى فرقا في الحكم بين أن يكون العقد ناقلا للملكية أم منشئا الإلتزام بنقلهـا، فـي مسألة استحالة محل التزام البائع استحالة مطلقة، فالحكم واحد، فالاسـتحالة نسـبية فـي كـلا الأمرين، ففي الفرض الأول البائع غير مالك ولكن من المحتمل أن يصبح مالك، ونفس القـول ينطبق على الفرض الثاني، فالتزام البائع غير ممكن إلا أنه بإجازة المالك لـه يصـبح التزامـا ممكنا.

---

(1) مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 305، ص721- 723.

(2) منصور، البيع والمقايضة والإيجار، مرجع سابق، فقرة 115، ص255- 256.

(3) راجع من هذا البحث ص11 وما بعدها.

إذا الاستحالة نسبية في حالة بيع ملك الغير وليس أدل على ذلك النص القـانوني الـذي يجعل الاستحالة على البائع لا على المالك.

أما بالنسبة لنظرية تحول العقد حسب رأي الدكتور سليمان مرقس، فإنها أيضا تعرضت للانتقاد من قبل الدكتور منصور مصطفى منصور، فهو يرى بأن الالتجاء إلى نظريـة تحـول العقد الباطل لا يفيد في تفسير أحكام بيع ملك الغير، لأن تحول العقد يسـتلزم انصـراف النيـة المحتملة إلى العقد الآخر والنية كما يقول المشرع هي نية المتعاقدين(المادة 144) وبالتالي فـإن افتراض هذه النية لا يجوز لأن الإرادة لا يمكن افتراضها في نظره وأن ما يسمى أحيانا بالإرادة المفترضة ليس إلا حكم القانون[1].

والحقيقة أن موضوع الإرادة المفترضة من عدمه لا يزال محل جـدل بـين الفقهـاء، فالبعض يسلم بافتراضها والبعض الآخر يستبعدها ولا نستطيع أن نجعل من هذا الجدل الفقهـي حكما على رأي فقهي ليس بسيط[2].

وعليه لا يسلم ما جاء به الدكتور سليمان مرقس في رأيه، مستندين في ذلك على الانتقاد الذي وجهه الدكتور السنهوري لنظرية تحول العقد، إذ يقول (والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشىء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة. فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك – إلى العقد الجديد بـدلا مـن العقـد الباطل. ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل فإما أن تكون هذه النية قد انصـرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري

---

(1) منصور، البيع والمقايضة والإيجار، مرجع سابق، فقرة 115، ص258. وتنص المادة (144) من القـانون المـدني المصري على أنه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتبـاره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ".

(2) للمزيد حول هذا الموضوع أنظر: داغي، علي محمد الدين علي القرة: **مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بالفقـه الإسلامي والقانون المدني**، ج1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 2002، ص239 وما بعدها.

أن يطلب إبطال البيع. وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكـون هنـاك تحـول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح)[1].

ويأخذ الدكتور السنهوري كذلك على الرأي السابق تعارضـه الواضـح مـع صـريح نصوص التقنين المدني القاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلانا مطلقا[2].

إذا لا نؤيد القول القاضي ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا تأسيسـا علـى اسـتحالة المحل استحالة مطلقة، إذ لو صح مثل هذا الرأي لوجب نسف جميع الأحكـام التـي وضـعها المشرع لتنظيم حالة بيع ملك الغير. بعبارة أخرى فإن أحكام البطلان المطلق لا تتفق نهائيا مـع أحكام بيع ملك الغير.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 156، ص280. ويرد الدكتور سليمان مرقس على هذا الانتقاد بقوله" ومن المعلوم أن المشرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض الشروط التي تتطلبها هـذه النظريـة العامة أو أن يعدل بعض الشيء في الآثار التي قررتها هذه النظرية " راجع: مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، هـامش 48، ص723.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 156، ص280. ويرد الدكتور سليمان مرقس بدوره على هـذا الانتقـاد بقولـه " إن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكييفه بأنه باطل بطلانا مطلقا، إذ ليس مما يتفق مع قواعـد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بإرادة شخص أجنبي عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كإرث يهبط على البائع غيـر المالك أو كسب هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب" مرقس، الوافي ج3، مرجع سابق، هامش 48، ص723.

فالبطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد، وليس له أثر ولا تلحقه إجازة، ولكل ذي مصلحة التمسك به[1] بينما بيع ملك الغير توافرت أركانه وينتج آثاره عدا نقل الملكية – كما مر معنا – ولا يتمسك ببطلانه إلا المشتري[2] وتلحقه إجازة المالك وإجازة المشتري[3].

هذا كله يقودنا إلى التسليم بعدم صحة نظرية البطلان المطلق تأسيسا على انعدام السبب أو استحالة المحل[4].

الفرع الرابع: نظرية البطلان النسبي

ذهب فريق من الشراح إلى أن البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المشتري. ولكنهم اختلفوا على أساس هذا البطلان.

فمنهم من أسس هذا البطلان على قواعد الغلط، سواء الغلط في صفة جوهرية للشيء، أو الغلط في شخص المتعاقد، ومنهم من رد هذا البطلان النسبي إلى خطأ البائع في التزام تعهد

---

(1) تنص المادة (168) من القانون المدني الأردني على أن "1- العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة. 2- ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ".

(2) تنص المادة (466) من القانون المدني المصري على أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع..." وتنص المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه " ولا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير" فهذا النص يقصر الإبطال لصالح المشتري وحده. إلا أننا نرى بأن هذا النص كان من الممكن الاستغناء عنه لو أن المشرع اللبناني استبدل في أول المادة عبارة " بيع ملك الغير باطل " بعبارة بيع ملك الغير قابل للإبطال" وهذا إن دل على شيء إنما يدل على الارتباك في الصياغة التشريعية لأحكام بيع ملك الغير، فبينما يقرر المشرع بأن عقد بيع ملك الغير باطل، نجده في نفس الوقت ينظم أحكام عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

(3) تنص المادة (467) من القانون المدني المصري على أنه " 1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري. 2- وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد." وراجع أيضا: العطار، عبد الناصر توفيق: **البداية في شرح أحكام البيع**، د.ن، د.ت، فقرة 50، ص109.

(4) وهناك في الفقه الفرنسي من يأسس البطلان المطلق على اعتبار بيع ملك الغير تصرفا مخالفا للنظام العام والآداب العامة باعتباره تصرفا غير أخلاقي يمس النظام الاجتماعي، بتضليل البائع للمشتري ليقدم على الشراء وهو مطمئن لملكية البائع للمبيع. وبالتالي فإن هذا البيع يلحق الضرر بشكل رئيسي بالمالك. وقد أنتقد هذا الرأي على أساس أن المالك ليس طرفا في العقد، بل أجنبي عنه، ولا يحتج به عليه. راجع في عرض هذا الرأي ونقده: حورية، كميح: **بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جوان، 1983، ص48-49.

لا يمكن الوفاء به. بينما ذهب رأي منفرد في الفقه المصري إلى تأصيل هـذا الـبطلان علـى استحالة التزام البائع بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظروف الموضوعية التي تم فيهـا إبرام العقد.

ونبحث على التوالي في هذه الآراء الفقهية لنتحقق من مدى ملاءمتها لأحكام بيع ملـك الغير.

أولا: البطلان النسبي لبيع ملك الغير على أساس قواعد الغلط.

لقد تأثر بعض الفقه المصري[1]، بما ذهب إليه الفقه في فرنسا مـن تأسـيس الـبطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير على أساس من قواعد الغلط. حيث انطلق بعض الشراح في مصر[2] الى تأسيس هذا البطلان من منطلق تفسيرهم لنصوص القانون المدني المصري الخاصة بالغلط فاستندوا على المعيار الذاتي الذي أخذ به المشرع المصري الذي يجعل العقـد المشـوب بالغلط الجسيم الواقع على صفة جوهرية في الشيء أو في شخص المتعاقد عقدا قابلا للإبطال.

---

(1) للمزيد من الإيضاح حول هذا الرأي في الفقه الفرنسي أنظر: الحكيم، عبد المجيد: **الموجز في شرح القانون المـدني العراقي، ج1، مصادر الإلتزامات**، د.ن، 1960، ص194.

(2) تنص المادة (120) من القانون المدني المصري على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه." وتنص المادة (121) من نفس القانون على أنه " 1- يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبـرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. 2- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص: أ) إذا وقع في صفة الشيء تكـون جوهريـة فـي اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. ب) إذا وقـع في ذات المتعاقد أو في صفة جوهرية من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد" بينما الحكـم في القانون المدني الأردني بموجب المادة (153) منه هو عدم لزوم العقد وليس القابلية للإبطال، والغلط الذي يرتب حكـم الفسخ لمن وقع فيه هو الغلط في أمر مرغوب وليس الغلط الجوهري كما هو الحال في القانون المدني المصري، وفـوات الوصف المرغوب فيه في الفقه الإسلامي وبالتالي في القانون المدني الأردني يستغرق الصفة الجوهرية في القانون المدني المصري. فكل وصف مرغوب فيه يمكن أن يندرج تحت الصفة الجوهرية، فالصفة الجوهرية مفهومها أوسع من مفهـوم الوصف المرغوب فيه فهي تمتد في بعض تطبيقاتها إلى الغلط في جنس الشيء أو في المنفعة التي تتفاوت تفاوتا فاحشـا. راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص155. وهذا يؤكد صحة القول السابق من اعتبار ملكية البائع للشيء المبيع صفة جوهرية وبالتالي الغلط فيها يقرر الحق في الإبطال.

ورتبوا على ذلك، أن ملكية البائع للشيء المبيع هي صفة جوهرية، والجهل بها يعتبر غلطا مؤديا للبطلان، لأن الواقع في الغلط لو كان عالما بحقيقة الحال لما أقدم على التعاقد[1].

إذا من الواضح أن هذا الرأي يقيم البطلان على أساس الغلط وفق القواعد العامة. وحسب هذه القواعد لا يكون العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان الغلط مشتركا، أو كان غلطا فرديا يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه[2] وهذا يتعارض مع القواعد الخاصة ببيع ملك الغير والتي لا تشترط اشتراك البائع في الغلط الذي وقع فيه المشتري بأن كان مثلا يعتقد بأنه مالك للمبيع وقت البيع حتى يكون من حق المشتري إبطال العقد[3].

والقول بأن بيع ملك الغير قابلا للإبطال بسبب الغلط قول يتعارض مع صريح نص المادة (466) من القانون المدني المصري التي تعطي للمشتري الحق في طلب الإبطال دون التعويض إذا كان سيء النية. والمادة (468) من نفس القانون والتي بموجبها يكون التعويض قاصرا على المشتري حسن النية إضافة إلى حقه في طلب الإبطال.

وهذا يعني أن المشتري سواء كان حسن النية أو سيئها يكون من حقه طلب الإبطال اللهم أن التعويض يكون من حقه في الحالة الأولى دون الثانية. وليس في القواعد العامة شيء

---

(1) وطبقا لهذا الرأي فإن بيع ملك الغير يتحقق فقط في حال علم كل من البائع والمشتري بعدم ملكية البائع للمبيع ويتم البيع في هذه الحالة صحيح. ولأن المشرع يقرر بطلان هذا البيع بنص فإنه يجب أن ينطبق على هذه الحالة فقط دون حالة جهل المشتري. راجع: الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، فقرة 107، ص280. ولنفس المؤلف أنظر: عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 42، ص115- 116. وقريبا من هذا الاتجاه أنظر: الحكيم، جاك: العقود الشائعة أو المسماة، مرجع سابق، ص82. وراجع كذلك: يكن، زهدي: **شرح قانون الموجبات والعقود، ج7، القسم الثاني في العقود المسماة" البيع"،** ط1، بيروت، دار الثقافة، د.ت، ص119، وهامش ص167. فالدكتور زهدي يكن يرى أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة (385) منه بنى البطلان على الغلط أخذا بما سار عليه المشروع الإيطالي الفرنسي.

(2) السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ج1،** د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، فقرة 175-176، ص308 وما بعدها.

(3) قريب من هذا الرأي أنظر: جمعة، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص168-169.

من هذا القبيل. إذ بموجب القواعد العامة لا يكون بيع ملك الغير قـابلا للإبطـال إلا إذا كـان المشتري حسن النية أي يجهل بملكية البائع للمبيع[1].

ويضيف البعض على الانتقادات الموجهة إلى نظرية البطلان النسبي على أساس الغلـط وفق القواعد العامة عدم اتفاقها مع بيع ملك الغير، ذلك أن الغلط المعيب للرضا حسب القواعـد العامة يجب أن يقع على صفة جوهرية في ذات الشيء أو فـي شـخص المتعاقـد إذا كانـت شخصيته محل اعتبار في العقد. ويرون بأن هذا القول لا يتفق مع بيع ملك الغير.إذ الغلط فـي شخص البائع، ليس له أهمية في عقود المبادلة، وكون المبيع ملكا للبائع أ و لأي شخص آخـر غيره ليس بصفة جوهرية في ذات الشيء[2].

ثانيا: البطلان النسبي لبيع ملك الغير على أساس خطأ البائع في التزام تعهد لا يمكنه الوفـاء به.

عدل بعض الفقه الفرنسي[3] عن رأيه الذي كان يجعل أساس البطلان الغلط وفق القواعد العامة، وذهب هذا الفقه إلى جعل أساس البطلان خطأ البائع في التزام تعهد لا يمكنه الوفاء بـه، ورتبوا على ذلك عدم تمكن البائع من التمسك بالبطلان.

---

(1) وأكثر من ذلك فإن المشتري حسن النية يكون من حقه المطالبة بالتعويض ولو كان البائع كذلك حسن النية، لأن هـذا الأخير بالرغم من حسن نيته قد تسبب بتقصيره في الإضرار بالمشتري، وهذا ما نصت عليه المادة (468) مـن التقنـين المدني المصري. راجع في ذلك: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري، ج3، ص121. ويلاحظ أن موقف القانون المدني المصري هذا يختلف عن موقف قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي يشترط في البائع سوء النية حتـى يسـتحق المشتري التعويض وهذا ما يفهم من نص المادة (385) من القانون المذكور. وهو ما سنأتي على شرحه بالتفصيل.

(2) راجع هذه الانتقادات من خلال:حورية، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص62. ونحـن لا نؤيد هذه الحجة لضعفها، لأنه من المتصور أن يقال- كما قيل – أن المشتري اعتبر ملكية المبيع للبائع صفة جوهرية وهذا ما دفعه إلى التعاقد. وهذا يشكل عيبا مفسدا للرضا. وكذلك من المتصور أن يقال أن المشتري قد توهم ملكية المبيع للبائع. وبالتالي قد وقع في غلط في شخص البائع. وكما هو منصوص عليه في القانون فإن الغلط في شخص المتعاقد يبطل العقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار وقت التعاقد. وفي بيع ملك الغير، قد يكون المشتري قاصدا الشراء من شخص البـائع لا غيره لأنه يريد التعامل معه على اعتباره مالك، فإذا تبين أنه غير مالك. فهذا غلط يفسد الرضا يخوله إبطال العقد للغلـط. خاصة وأن المشرع المصري في المادة (121) من قانونه المدني قد توسع في مفهوم الغلط المبطل للعقد بالصفة الجوهرية للشيء. لهذا فإن ما قيل بشأن نظرية الفسخ، من أن السبب في عدم الأخذ بها هو النصوص المنظمة لبيع ملك الغير، يقال بشأن الرأي الذي يبني أساس الإبطال على الغلط وفق القواعد العامة كما مر معنا في المتن.

(3) راجع هذا الرأي في الفقه الفرنسي من خلال: الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 342، ص200.

وحسب هذا الرأي هناك فرق بين استحالة الوفاء العارضة بعد العقـد، والتـي يكـون بموجبها العقد قد انعقد قابلا للتنفيذ، ولكن بسبب ما طرأ عليه أصبح تنفيذ العقد مستحيلا، في هذه الحالة لا يكون أمام المشتري سوى طلب الفسخ، وبين الاستحالة الموجودة من وقـت التعاقـد، والتي لا يكون بموجبها العقد قابلا للتنفيذ، وبالتالي يجب الحكم ببطلانه. لهذا يؤسس هذا الـرأي البطلان في بيع ملك الغير على عدم قدرة البائع على نقل الملك للمشتري.

وقد أخذ على هذا الرأي – وبحق – بأن الاستحالة القائمة وقت التعاقد وهي عدم قـدرة البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية، تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام محل الإلتـزام وليس إلى بطلان العقد بطلانا نسبيا[1].

ثالثا: البطلان بسبب استحالة التزام البائع بنقل الملكية استحالة نسبية مستمدة من الظـروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد.

ذهب رأي منفرد في الفقه المصري[2] إلى تكييف بيع ملك الغير على أنـه بيـع لمـال مستقبل، فملك الغير هو مال حاضر في ذمة صاحبه مستقبل بالنسبة لغيره.

ويرى هذا الرأي بأن بطلان بيع ملك الغير يرجع لاستحالة محله، والاستحالة هنا ليست استحالة مطلقة لأن البائع يستطيع ولو من الناحية النظرية أن يشتري المبيع من مالكه ليصبح هو مالكه حتى يستطيع من نقل الملكية إلى المشتري.

---

(1) أنظر في نقد هذا الرأي: بدوي، حلمي بهجت: **بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان**، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، 1931، ص590-591. وقد تطرف بعض الفقهاء في فرنسا وجعلوا أساس البطلان النسبي في بيـع ملك الغير نقص أهلية المشتري. إلا أن هذا الرأي لا يطابق القانون لأنه كما نعلم أن نقص الأهلية عادة ما يكـون سـببه نقص في الإدراك وعدم اكتمال التمييز، وليس في بيع ملك الغير شيء من هذا القبيل. هذا بالإضافة إلى أن القانون يقصر طلب إبطال العقد على ناقص الأهلية أو من يمثله، وفي بيع ملك الغير لو كان هناك شخص وقصد القانون حمايتـه لكـان المالك الحقيقي وليس البائع، ولكن بالرغم من ذلك فإن القانون يقصر طلب البطلان على المشتري وحده دون البائع حتـى لو كان هذا الأخير حسن النية. راجع في عرض هذا الرأي ونقده: البدراوي، الوجيز في عقـد البيـع، مرجـع السـابق، ص417.

(2) تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 92، ص382-385.

ويضيف هذا الرأي، أنه لما كان من الجائز طبقا للقواعد العامة أن يكون محل الإلتـزام شيئا مستقبليا حسب المادة (131) من القانون المدني المصري فإنه يكون من الجائز أن يلتـزم شخص بنقل ملكية شيء مملوك لغيره.

وينتهي هذا الرأي إلى أن البطلان في بيع ملك الغير هو بطلان نسبي، وأسـاس هـذا البطلان هو أن التزام البائع بنقل الملكية، وإن كان غير مستحيل استحالة مطلقة إلا أنـه بعيـد الاحتمال بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تم فيها إبرام العقد، وإن كانت الاسـتحالة هنـا نسبية إلا أنها تؤدي إلى نفس النتيجة التي تؤدي إليها الاستحالة المطلقة وهي تخلف شرط مـن شروط المحل غير أن هذه الاستحالة النسبية لا يترتب عنها سوى البطلان النسبي.

واضح أن هذا الرأي يحاول أن يقف موقفا وسطا بين من قال بالبطلان المطلق لبيع ملك الغير على أساس استحالة المحل استحالة مطلقة، وبين من انتقد هذا الرأي وقال بأن الاسـتحالة نسبية. فهذا الرأي يقول وإن كانت الاستحالة ليست مطلقة إلا أنها بعيدة الاحتمال بـالنظر إلـى الظروف الموضوعية التي تم فيها العقد، فهي قريبة من الاستحالة المطلقة ولكنها لا تؤدي إلـى بطلان العقد وإنما إلى قابلية العقد للإبطال، لذا فهي في نهاية المطاف استحالة نسبية مبنية على الظروف الموضوعية الملابسة لظروف العقد.

ولو دققنا النظر في هذا الرأي، لوجدناه مبني على أساس فلسفي ينتهي إلى اعتبار العقد قابلا للإبطال أي أن البطلان هنا نسبي. ولو انتهى هذا الرأي عند هذا الحد، لقلنـا بـأن هنـاك أحكام في بيع ملك الغير – سنأتي عليها لاحقا – لا تتفق مع أحكام البطلان النسبي الذي انتهـى إليه هذا الرأي. لكن بما أن هذا الرأي يكيف بيع ملك الغير على أنه بيع مـال مسـتقبل، فإننـا والتكييف هذا نقول بأن بيع المال المستقبل كنا قد أخرجناه من نطاق بيع ملك الغير، بسبب عدم معرفة إن كان البائع مالك أو غير مالك، فهو إن كان مالك، كان البيع صحيح، وإن لم يستطع أن يصبح مالك، فهو يبيع مالا يملك، وهذا يختلف عن البائع الذي يبيع ملك غيره[1].

(1) الفصل الأول من هذه الرسالة ص17.

لما تقدم، لا أرى في هذا التكييف ما يتفق مع الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير حسب ما أرادها القانون الوضعي. وإن كان البعض ينتقد هذا الرأي على أساس أنه يخلط بين نظام العقـد القابل للإبطال والعقد القابل للتصحيح، وهو بهذا الشكل يخلق نوعا جديدا من البطلان لا تعرفـه القواعد العامة[1] فإنني أرى بأن هذا الخلط واضح في نصوص القانون المدني المنظمة لحالة بيع ملك الغير، وأعتبر هذا الخلط خير ما يؤكد على الطبيعة القانونية الخاصة لبيع ملك الغير والتي سنأتي عليها لاحقا.

والآن وبعد أن استعرضنا الآراء التي قيلت في تكييف بيع ملك الغير، وجدناها جميعـا تتفق على أن البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير هو بطلان نسبي وليس بطلان مطلق. ولكن هل البطلان النسبي حسب القواعد العامة يتفق مع الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، خاصة وأن هذه الآراء جميعا تتفق في أن المشتري وحده هو من يملك الحق في طلب الإبطال هذا مـا سوف نبحثه الآن.

إن الغالب في الفقه يعتبر العقد الباطل نسبيا عقد صحيح، ولكن يصبح باطلا إذا تقـرر إبطاله، فهو صحيح قبل إبطاله لترتب أثره عليه، وهو باطل بعد هذا الطلب لأنه يعتبر كأن لـم يكن ويجب إزالة أثره[2].

---

(1) جمعة، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص160.

(2) السنهوري، الوسيط، ج1، هامش 1 ص194. سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، فقرة 206، ص154. وفي الفقه الإسلامي يوجد صورة مطابقة للعقد القابل للإبطال وهو العقد الغير اللازم، فكل منهمـا ينـتج آثاره إلى أن يستعمل العاقد خياره في إجازة العقد أو إبطاله، فإذا حكم بالإبطال انقضى العقد، وإن أجيز تأيد وأستقر نهائيا. لهذا فإننا نؤيد الرأي الذي يعتبر العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا أكثر منه باطلا. ولهذا السبب فإني أرى في فكرة العقـد النافذ غير اللازم أفضل من فكرة العقد القابل للإبطال من حيث التسمية، إذ أن العقد الغير اللازم يعتبر في الفقه الإسلامي من أقسام العقد الصحيح، بينما العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي يعتبر من أقسام العقد الباطل. وقد أخـذ المشـرع الأردني في مراتب انعقاد العقد كما هي في الفقه الإسلامي، فأخذ بالعقد غير اللازم وعرفه في المادة (176) علـى أنـه " يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض، ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه" وعرفت المادة (115) من مجلة الأحكام العدلية البيع غير اللازم بأنه " البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات" ونصت المادة (376) على أنه " إذا كان البيع غير لازم، كان حق الفسخ لمن له الخيار" وللمزيد حول العقد النافذ غير اللازم أنظر فـي الفقـه الإسلامي: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص280 وما بعدها.

وقد نظم المشرع المصري البطلان النسبي في قانونه المدني في المواد (138 إلى 144)[1] وجعل هذا البطلان يلحق بالعقد الذي يتخلف فيه شرط من شروط الصحة، كأن يكون أحد طرفيه ناقص الأهلية، أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا.

فالعقد والحالة هذه يكون صحيحا منتجا لآثاره، إلا أنه يبقى مهددا بالزوال متى طلب من شرع الإبطال لصالحه إبطال العقد، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا من يوم انعقاده وتزول كافة الآثار التي تترتب عليه في الماضي، ليصبح هو والعقد الباطل بطلانا مطلقا سيان. فهل يصح هذا الوصف على بيع ملك الغير؟

إن خير ما يقال في شأن التقريب والتفريق بين أحكام العقد القابل للإبطال وبيع ملك الغير هو أن الأخير هو في حقيقته عقد قابل للإبطال وبالتالي ترد عليه الإجازة.

ولكن لو دققنا النظر في النصوص القانونية لبيع ملك الغير لوجدنا أن صاحب الحق في الإبطال هو المشتري وحده وليس المالك، بينما في القواعد العامة نجد أن المشرع خصص طلب الإبطال لناقص الأهلية، أو من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة. وهذا يعني أن المشرع في العقد القابل للإبطال قصد حماية ناقص الأهلية والمعيب رضاه، بينما في بيع ملك الغير قصر المشرع طلب الإبطال على المشتري وحده، وإن كان المشرع قد قصد حماية المالك الحقيقي إلى جانب المشتري.

ومن ناحية أخرى وحسب القواعد العامة، نجد أنه بإجازة العقد القابل للإبطال يصبح العقد صحيحا وساريا في حق الأطراف جميعا، بينما نجد أن بإجازة المشتري لبيع ملك الغير يسري العقد في حقه ويبقى غير نافذ في حق المالك الذي يعتبر أجنبيا عن العقد.

---

(1) من خلال مراجعتنا لنصوص القانون المدني المصري الخاصة بنظرية البطلان، نجد أن هذا القانون لم يستعمل لفظي " مطلق ونسبي" وإنما استعمل لفظ " بطلان" للدلالة على البطلان المطلق، ولفظ " قابلية للإبطال" أو " الحق في الإبطال" للدلالة على البطلان النسبي. وهذا يخفف من حدة القول باعتبار العقد القابل للإبطال قسم من أقسام العقد الباطل.

وأكثر من ذلك، فإن العقد القابل للإبطال، بمجرد عدم المطالبة بإبطاله، أو إجازته، فإنه ينتج جميع آثاره، بينما الأمر ليس كذلك في بيع ملك الغير، إذ أن نقل الملكية لا تتحقق حتى لو لم يطلب المشتري إبطال البيع لأن فاقد الشيء لا يعطيه[1].

هذا بالإضافة إلى أن بيع ملك الغير قد يصدر من بائع كامل الأهلية ولم يشـب إرادتـه عيبا من عيوب الرضا، بعبارة أخرى قد تتوافر جميع أركان الإنعقاد وتتحقـق جميـع شـروط الصحة، ومع ذلك يبقى البيع قابلا للإبطال لصالح المشتري. على عكس القواعد العامة في العقد القابل للإبطال كما رأينا.

نخلص مما تقدم بأن أحكام العقد القابل للإبطال تختلف عن الأحكام التي قررها المشـرع لبيـع ملك الغير، وإن كان هذا البيع الأخير هو في الحقيقة قابلا للإبطـال، إلا أنـه قـابلا للإبطـال لمصلحة المشتري وحده. وهذا يجعلنا نقول بأن القانون الوضعي جعل العقد قابلا للإبطال فـي الحالات التالية:

1- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.

2- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين.

3- حالة وجود نص خاص في القانون يجعل العقد قابلا للإبطال كما في بيع ملك الغير.

المطلب الثاني: نظرية البطلان من نوع خاص

مما سبق تبين لنا، بأن جميع النظريات التي قيلت في تأصيل بطلان بيع ملك الغير لم تسلم مـن الانتقادات التي وجهت لها، لأن البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير ليس بطلانا مطلقا، كما أنه ليس بطلانا نسبيا. لأن البطلان المطلق لا يكون إلا في حال تخلف أحد أركـان العقـد، والبطلان النسبي لا يكون إلا في حالتين هما، نقص الأهلية وعيب في الإرادة. وهذا لا يقع فـي

---

(1) وأغلب الفقه المصري يرفض اعتبار بطلان بيع ملك الغير، بطلانا نسبيا حسب القواعد العامة، راجع في ذلك: غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص22-23. فرج، عقد البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص118. السـنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 155، ص277. الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، مرجع سابق، فقرة 79، ص97.

بيع ملك الغير. لهذا نادى قسم آخر من الفقهاء بالفسخ، إلا أن نص القانون صريح في إعطـاء المشتري حق الإبطال، وهذا النص لا يمكن تجاوزه بأي حال، لاعتبار العقد قابلا للفسـخ، وإلا لكان هذا الرأي أصوب مما سبقه من آراء. ولم يكتف البعض بالاستناد إلـى القواعـد العامـة لتأصيل هذا البطلان، فلجؤا إلي فكرة العقد الموقوف، هذه الفكرة الغريبة عـن فقهـاء القـانون الوضعي، والتي احتاجوا إليها عندما وقعوا في بحر النظريات القانونية في صدد تأصيل بيع ملك الغير. وبما أنهم ابتعدوا عنها لايمكن التعويل عليها كأساس لحل مشاكلهم.

إزاء كل هذا الخلاف والتعارض والتضارب في الآراء، ظهر فريق من الشراح[1] ينادي بفكـرة البطلان من نوع خاص، أي لا بد من البحث عن البطلان في حالة بيع ملك الغير فـي الـنص نفسه الذي أنشأ هذا النوع من البيوع، هذا النص الذي قرر البطلان لمصلحة المشـتري الـذي يكون وحده من يملك طلب إبطال هذا البيع، وهو أيضا من يملك إجازته، وهذا النص الخاص لم ينسى المالك الحقيقي من الحماية، فجعل البيع غير نافذ في حقه. أي أن هذا البيع قابلا للإبطـال من ناحية وغير نافذ من ناحية أخرى، لهذا وصف البعض الطبيعة القانونية لبيـع ملـك الغيـر بازدواجية الجزاء البطلان وعدم النفاذ أو بالمركز المركب [2].

وإن اتفق هؤلاء الشراح على اعتبار البطلان في بيع ملك الغير بطلانا من نوع خاص، إلا أنهم اختلفوا في علة تقرير هذا البطلان. فيرجع البعض علة تقرير هذا البطلان إلى أن البيع أصـبح

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 158، ص282-285. خضر، خميس: **عقد البيع في القانون المدني**، د.ط، القـاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، فقرة 179، ص282. البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 287، ص417. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 312، ص329. ويقول الدكتور إسماعيل غانم في هذا الشأن " يتضح من ذلك أن تقرير بطلان بيع ملك الغير لا يستند إلى أساس من القواعد العامة، فهو بطلان استثنائي قرره المشرع لحكمة توخاهـا" غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص22. وراجع أيضا في هذا الرأي: منصور، البيع والمقايضة والإيجار، فقرة 115، ص259. الجمال، البيع في القانونين اللبناني والمصري، مرجع سابق، فقرة 80، ص98. عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي، مرجع سابق، فقرة 51، ص129. حسين، محمد عبد الظاهر: **دعاوى عقد البيع**، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص12. بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مرجـع سـابق، ص600. وراجـع كـذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، ص193.

(2) سعد، نبيل إبراهيم: **العقود المسماة، عقد البيع**، ط2، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص143.

عقدا ناقلا للملكية، ولكون البائع غير مالك لا يستطيع نقل الملكية، تدخل المشرع لمنع هذا البيع في هذا النص الخاص [1].

بينما جعل آخرون أساس هذا الإبطال التزام البائع بنقل الملكية، ولأن عدم التزام البـائع بتنفيـذ التزامه هذا لا يؤدي بأي حال إلى بطلان العقد، تدخل المشرع بالنص على البطلان[2].

وذهب فريق ثالث إلى القول بأن علة هذا الإبطال ترجع إلى أن انتقال الملكية يتم قانونا بمجرد إبرام العقد، لأنه حتى في حالة الاتفاق الذي لا ينقل الملكية في الحال وإنما يقرر التزاما في ذمة البائع بنقلها، يجوز للبائع أن يحصل على الملكية لينقلها إلى المشـتري وينفـذ بالتـالي التزامه[3].

مما تقدم يتضح عدم اتفاق الآراء الثلاث في علة تقرير البطلان الذي نص عليه المشرع في بيع ملك الغير، وواضح أيضا أن هذه الآراء تدور حول مبدأ انتقال الملكية في عقـد البيـع، وهذا الاختلاف كما هو واضح ليس بسيط، لما يترتب على كل حالة من نتـائج تختلـف عـن الأخرى، فبموجب الرأي الأول والذي يجعل من عقد البيع ناقلا للملكية، فهو لا يجعل من عقـد بيع العقار ناقلا للملكية وبالتالي ليس للمشتري المطالبة في الإبطال قبل التسجيل وإن كـان لـه الحق في المطالبة بالفسخ وذلك لانتفاء علة الإبطال.

أما الرأي الثاني فيكون للمشتري بموجبه الحق في المطالبة بالإبطال في بيع العقار سـواء قبـل التسجيل أو بعده وذلك لأن بيع ملك الغير منافي لطبيعة البيع باعتباره عقدا منشئا لالتزام بنقـل الملكية.

---

(1) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 211، ص164.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 158، ص282-285.

(3) بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص600 وما بعدها.

أما الرأي الثالث فيجعل من بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل أو بعده ولكنه قابلا للفسخ في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية وسبب ذلك صدور قانون التسجيل المصري[1].

ويرى آخرون بأنه لا يوجد أي أساس فني يبرر إبطال بيع ملك الغير، في صدد انتقاده لـلآراء الثلاثة السابقة، ويكتفي بالوقوف على النص الذي يقرر البطلان[2].

والرأي الذي انتهى إلى اعتبار البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير بطلانـا مـن نـوع خاص، لم يسلم هو الآخر من الانتقاد. فوصم البعض هذا الرأي بالعجز عـن تفسـير الـنص الخاص في بيع ملك الغير وإمكانية رده إلى القواعد العامة[3].

ولا أرى بأن هذا يعد من قبيل العجز، لأن إرادة المشرع اتجهت إلى هذا القصد، إذ لـو أراد المشرع – كما يقول البعض – رده إلى القواعد العامة، لما احتاج الأمر إلى النص عليـه، ولو كان الأمر كذلك لقلنا بأن بيع ملك الغير هو بيع قابل للفسخ. ولكن النص يقف حـائلا أمـام هذا القول. وهذا يجعلنا نؤيد القول بالطبيعة القانونية الخاصة لبيع ملك الغيـر، لوجـود الـنص التشريعي الذي ينشئ هذا النوع من البطلان، فهو بيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك.

ولا يوجد مبرر لتضارب آراء الفقهاء العرب في صدد تأصيلهم للطبيعة القانونية لبيـع ملك الغير، فنص المادة (466) من القانون المدني المصري صريح في اعتبار بيع ملك الغيـر قابلا للإبطال لمصلحة المشتري. ولكن على ما يبدو أن الفقهاء المصريون تـأثروا بشـروحات

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 158، ص282-285. بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مرجـع سـابق، ص600 ومـا بعدها. ولنا عودة في تفصيل هذه الآراء ومناقشتها وترجيح أصوبها في الفصل القادم عند الحديث عن بيع عقـار الغيـر. راجع ص 93 من البحث.

(2) منصور، البيع والمقايضة والإيجار، فقرة 115، ص263. ويقول الدكتور منصور في هذا الشأن " لا يوجد أساس فني يبرر إبطال بيع ملك الغير، وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبـة فـي تكملة أحكام ضمان الاستحقاق" وللمزيد حول نظرية ضمان الاستحقاق في الفقه الفرنسي، أنظر: السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 155، ص278-279.

(3) مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 304، ص720. الحكيم،جاك: العقود الشائعة أو المسماة، مرجع سابق، فقرة 93، ص83.

الفقهاء الفرنسيين، ذلك أن القانون المدني الفرنسي اقتصر في المادة (1599) منه على ذكر كلمة "باطل" دون توضيح ماهية هذا البطلان. فإن كان للفرنسيين ما يبرر موقفهم من اختلافهم حـول طبيعة البطلان في بيع ملك الغير، فلا يوجد مبرر للمصريين لاختلافهم حول هذه الطبيعة. فنص الماد (466) جعل العقد قابلا للإبطال لتصبح حالات العقد القابل للإبطال في القـانون المـدني المصري ثلاث وهي:

1- حالة تصرف ناقص الأهلية.

2- حالة صدوره من معيب الإرادة.

3- حالة بيع ملك الغير.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

علمنا عن تعدد النظريات والآراء التي قيلت في صدد تأصيل بيع ملك الغير، وهذا يكشف لنا عن تعقد مسلك القانون الوضعي في تنظيمه لأحكام بيع ملك الغير. أما بالنسبة للفقه الإسلامي، فالأمر مختلف، فالأمر يقتصر على رأيين فقهيين، رأي يجيز بيع الفضولي ولكنه يوقفه على إجازة المالك، ورأي ثاني يبطل هذا البيع ويقرر عدم صحته.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في الأول نبحث آراء من قالوا ببطلان بيع الفضولي، وفي الثاني نبحث آراء من قالوا بتوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، وفي المطلب الثالث نرجح أحد الرأيين على الآخر.

المطلب الأول: نظرية بطلان بيع الفضولي

إن دراسة نظرية البطلان تتطلب منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، في الأول نعرض النظرية، وفي الثاني نقيمها.

الفرع الأول: عرض النظرية

قال بعض فقهاء المسلمين ببطلان بيع الفضولي. ومنهم أبو ثور وابن المنذر[1] وابن حزم الظاهري[2] وبعض المالكية[3] والشافعية في المذهب الجديد[4] والحنابلة في إحدى الروايتين [5].

وهؤلاء الفقهاء يؤسسون بطلان بيع الفضولي على انتفاء الملكية والولاية وهما من شروط الانعقاد، وفي بيع الفضولي لا يكون البائع مالكا وليس له ولاية التصرف في المبيع. وبالتالي

---

(1) النووي، المجموع، ج9، ص285. ابن قدامة، المغني، ج4، ص205- 206.

(2) ابن حزم المحلي، ج8، ص434.

(3) القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي: **الفروق**، ج3، القاهرة، 1344ه، ص242.

(4) الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1416-1995، ص13. الغزالي، محمد بن محمد أبي الغزالي، **الوسيط في المذهب**، ج1، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، 1317ه، ص134.

(5) ابن قدامة، المرجع السابق، ص205- 206.

يكون تصرفه بالمبيع من غير إذن صاحبه باطل من أساسه، ولا يترتب عليه أثر لا بين المتعاقدين، ولا بالنسبة للغير، ولأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإن بيع الفضولي لا يمكن تصحيحه بإجازة المالك له. وحسب هذا الرأي أيضا، إن أمكن تصور وجود عقد بيع بين المالك والمشتري فلا يكون ذلك إلا بعقد جديد بينهما[1].

واستدل هؤلاء الفقهاء على بطلان بيع الفضولي، بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ومصدري القياس والمعقول.

أولا: القرآن الكريم.

أول دليل على بطلان بيع الفضولي في نظر من قال ببطلانه، قوله تعالى في الآية الكريمة "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم"[2] وبيع الفضولي في نظرهم أكلا لأموال الناس بالباطل، وهذا يؤدي إلى بطلانه، وإجازة المالك اللاحقة له لا تصححه، لأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة[3].

والدليل الثاني الذي استند إليه فقهاء هذه النظرية من القرآن الكريم هو قوله تعالى "ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى"[4] والفضولي يكسب ملك غيره وهذا باطل، فهو لا يستطيع أن يملك المشتري المبيع، ولا يملك المالك الثمن[5].

---

(1) الكاساني، البدائع، ج6، ص575.

(2) سورة النساء. الآية 29.

(3) راجع ابن الشيخ محمد باقر، البيع، من خلال: الحكيم، عبد الهادي: **عقد الفضولي في الفقه الإسلامي**، د.ط، د.ن، 1979، ص69- 70.

(4) سورة الأنعام. آية 164.

(5) ابن حزم المحلي، ج8، ص435.

ثانيا: السنة النبوية الشريفة.

الدليل الأول من السنة النبوية الشريفة على بطلان بيع الفضولي هو قوله صلى ا عليه وسلم لحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك" فهذا الحديث بنظرهم نهي صريح من الشارع عـن بيع الشيء غير المملوك، والنهي عند هؤلاء الفقهاء يعني البطلان[1].

أما الدليل الثاني فهو قول رسول ا صلى ا عليه وسلم "لا طلاق إلا فيما تملـك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك" والفضولي لا يملك ما يبيعه، فتصرفه إذن باطل[2].

ثالثا: القياس

يقرب أصحاب هذه النظرية الفضولي من بائع السمك في الماء والطير في الهواء، ولأن هذه البيوع الأخيرة باطلة فإن بيع الفضولي باطل، لأن الفضولي غير قادر على تسليم ما باعـه لأنه ليس مالكا له[3].

رابعا: المعقول

المعقول في نظر هؤلاء الفقهاء هو صدور العقد ممن له ولاية إصداره، وهذه الولاية لا تتحقق إلا بالملك أو بالإذن، والولاية كالأهلية يجب أن تكون كاملة، ولأن الانعقاد يعني الارتباط بين كل من المتعاقدين بحيث يتمكن كل منهما من تمكين الآخر من أحكام العقد كاملة، يقع بيـع الفضولي باطلا، لأن الفضولي لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع فهو ليس صاحب ولايـة، وانعدام الولاية في نظرهم يعني بطلان البيع.

---

(1) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار**، ج5، ط1، القـاهرة، دار الحديث، 1421-2000م. ص163. وراجع أيضا: ابن قدامة، المغني، ج4، ص257.

(2) النووي، المجموع، ج9، ص286. واستدل فقهاء هذه النظرية أيضا بما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جـده أن رسول ا صلى ا عليه وسلم أرسل عقاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عن أربعة خصال، أنه لا يصلح شـرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لم تملك، ولا ربح ما لم تضمن" راجع النووي، المرجع السابق. واستدلوا أيضـا مـن السنة قول رسول ا صلى ا عليه وسلم " إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، وأبشاركم عليكم حرام فليس لأحد أن يحال ما حرم ا ". وللمزيد حول شرح هذا الحديث راجع: عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، فقرة 66، ص163-164.

(3) النووي، المجموع، ج9، ص286.

ويرون بأن حكم العقد لا يجوز أن ينفصل عن سببه، وإلا كان حكم العقد باطلا أو غير منعقد، لأنه لا معنى للعقد إلا كونه مفيدا للحكم الذي وضع له. فالبيع مزيل للملك، وولاية إزالة الملك يكون بصدورها عن المالك. لهذا فبيع الفضولي باطل لاستحالة انعقاد السبب فيـه، وهـو عدم ملكية الفضولي للمبيع[1].

الفرع الثاني: تقييم نظرية البطلان

لقد تعرضت نظرية بطلان بيع الفضولي لانتقادات عدة من قبل الجانـب الآخـر مـن الفقهاء المسلمين، والذين يرون بأن بيع الفضولي يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك، وشملت انتقاداتهم لهذه النظرية، جميع الأدلة التي استند عليها أصحاب هذه النظرية فـي التـدليل علـى صحتها، فانتقدوا تفسيرهم لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف، ورفضوا ما جاءوا بـه مـن قياس وما استمدوه من حكمة العقل على النحو التالي.

أولا: القرآن الكريم

إن استناد أصحاب هذه النظرية على قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تـأكلوا أمـوالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" [2] للتدليل على بطلان بيع الفضولي، وبالتالي قولهم أن العقد الباطل لا يمكن أن تلحقه الإجازة يمكن أن يرد عليه، بأن بيع الفضولي لا ينـتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة لأنه بيع موقوف لا يرتب أي أثر قبل الإجازة وبالتالي لا يمكن القول بأن هذا البيع فيه أكل لأموال الناس بالباطل[3].

أما استنادهم إلى قوله تعالى" ولا تكسب كل نفس إلا عليها"[4].

---

(1) النووي، المجموع، ج9، ص262-263. فرج، عبد الرزاق حسن: **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969، ص67.

(2) سورة النساء. الآية 29.

(3) الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص55. ويرى البعض أن بيع الفضولي ليس تجارة لعدم حصول النقل والانتقال بمجرد انعقاده، لهذا السبب فإن الآية الكريمة لم تحرم بيع الفضولي لأنها جاءت خاصة في التجارة. راجع في هذا الـرأي: منيـة الطالب للخونساري، ج1، ص220-221 من خلال عبد الهادي الحكيم، مرجع سابق، ص85.

(4) سورة الأنعام. آية 164.

وبالتالي قولهم بأن الفضولي غير قادر على تمليك المشتري المبيـع وتمليـك المالـك الثمن، يمكن الرد عليه، بأن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة ولا ينتج العقد قبلها أي أثر، لأن العقد موقوف على إجازته[1].

إذن يتضح أن الفقهاء المعارضين لنظرية بطلان بيع الفضولي استندوا هم الآخرين على فكـرة العقد الموقوف، والتي وجدوا فيها ما يسعفهم للرد على من قال ببطلان هذا البيـع، إذ أن العقـد الموقوف لا يرتب أثره قبل الإجازة وبالتالي ليس في بيع الفضولي الموقوف تعدي على أمـوال الناس، أو كسب على حساب الغير.

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

إن استناد فقهاء نظرية بطلان بيع الفضولي إلى قوله صلى ا عليه وسلم لحكيم بن حـزام "لا تبع ما ليس عندك" واعتبار هذا الحديث برهانا على بطلان بيع الفضولي، يمكن الرد عليه، بأن هذا الحديث الشريف جاء بمناسبة بيع الرجل شيئا غير موجود عنده وسيقوم بشرائه من السـوق ليقوم بتسليمه للمشتري، وهذا فيه غرر والغرر لا يجوز، ذلك أنه من المحتمل أن لا يجد الشيء في السوق[2].

وهذا البيع باطل في الفقه الإسلامي لأن الحادث يثبت مقصورا على الحـال ولا يسـبق حكـم سببه[3] لهذا فإن الفقهاء يرون بأن هذا الحديث الشريف جاء ليحرم بيع المعـدوم ولـيس بيـع الفضولي[1].

---

(1) الألفي، الفضالة، مرجع السابق، ص55. وجاء في تفسير الجلالين بأن الآية الكريمة تتحدث عـن الثـواب والعقـاب الأخروي ولا تتحدث عن أحكام الدنيا، ويؤكد ذلك قول رب العالمين في نفس الآية " ولا تزر وازرة وزر أخرى" راجـع في ذلك: المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، بالاشتراك مع جلال الدين عبد الرحمن بـن أبـي بكـر السيوطي، **تفسير الجلالين**، د.ط، القاهرة، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، د.ت، ص150.

(2) ابن قدامة، المغني، ج4، ص228. وهذا القول قريب مما كنا قد توصلنا إليه عند دراسة نطاق بيع ملك الغير، وهو ما أجبرنا على إخراج بيع الشيء المستقبل من نطاق بيع ملك الغير، وقلنا حينها بأن هناك فرق في الحكم بين بيع ملك الغير وبيع غير المملوك. راجع ص 28 من البحث.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص309.

أما استنادهم إلى قول رسول ا صلى ا عليه وسلم "لا بيع إلا فيما تملك"يمكن الرد عليه، بأن النهي الوارد في الحديث الشريف – كما يقول معارضوا هذه النظرية – خاص بالتصرفات المنتجة لآثارها، بينما بيع الفضولي موقوف أثره على إجازة المالك[2].

ويمكن الاستناد أيضا إلى فكرة العقد الموقوف بحمل قول الرسول صلى ا عليه وسلم بالنهي عن بيع مالا يملكه الإنسان، فهذا النهي وارد في حال عدم إجازة المالك للبيع، فيبطل استنادا إلى الحديث، أما في حال الإجازة من المالك، فيصح العقد لصدوره من مالكه، ذلك أن الحديث جاء مطلق القول دون أن يفرق بين البيع الذي تلحقه الإجازة والبيع الذي لا تلحقه هذه الإجازة، والأصل أن البطلان يكون على التصرفات المنتجة لآثارها مباشرة، وهذا لا يتناسب مع بيع الفضولي، فيبقى القول بصحته موقوف أقوى من القول ببطلانه.

ثالثا: القياس

يرفض الفقه المؤيد لفكرة العقد الموقوف، قياس الفقه المؤيد لبطلان بيع الفضولي، على بيع السمك في الماء والطير في الهواء. لأن هذه البيوع الأخيرة باطلة لانعدام محلها، أما بيع الفضولي وإن كان محله مملوك لغير البائع إلا أنه موجود، ولهذا السبب تتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك[3].

رابعا: المعقول

أما الحجج التي استمدها أصحاب نظرية البطلان من العقل، يرد عليها من زاويتين:

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص575. وبهذا الرأي أيضا: عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص65.

(2) النووي، المجموع، ج9، ص286. عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص86.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص309-311. عبد البر، العقد الموقوف، مرجع سابق، فقرة 63، ص162. عبد الرزاق حسن فرج، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص65-66. وقارب من هذا الرأي ما كنا قد توصلنا إليه من عدم صحة رأي من قال ببطلان بيع ملك الغير لانعدام المحل في صدد تأصيلنا لبيع ملك الغير في القانون الوضعي. راجع ص52 من البحث.

الأولى: أن الولاية ليس كما يقولون شرط من شروط الانعقاد، وإنما هي شرط من شروط النفاذ، وتخاف شرط النفاذ لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنما يؤدي إلى وقف نفاذه على الإجـازة ممـن يملكها شرعا[1].

الثانية: إن الحكم قد ينفصل عن السبب وليس كما يقولون بعدم جواز ذلك، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه، كما في البيع بشرط الخيار، ينعقد فيه السـبب بالإيجـاب والقبـول. ويتراخى الحكم إلى وقت الإجازة. وإجازة المالك أو صاحب الشـأن تجعـل الشـيء مملوكـا للمشتري من وقت العقد وإن رد فلا ضير عليه إذ مال المالك محفوظ له[2].

مما تقدم نجد أن بيع الفضولي في ظل هذه النظرية باطل بصريح القـرآن والسـنة، ولتخلـف المحل.[3] ولكننا رأينا ردا سديدا على هذه الآراء، التي احتوتها فكرة العقد الموقوف، والتي جاء بها الفقه الإسلامي. فالقرآن الكريم والسنة الشريفة يرتبان البطلان علـى التصـرفات المنتجـة لآثارها، والعقد الموقوف غير ذلك، والمحل موجود وإن كان غير مملوك للفضولي.

المطلب الثاني: نظرية توقف بيع الفضولي

دراسة هذه النظرية تتم من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول نعرض هـذه النظرية وحججها، وفي الفرع الثاني نقيم هذه النظرية.

---

(1) عبد البر، العقد الموقوف، مرجع سابق، فقرة 63، ص162. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقـه الإسلامي، ص67-68.

(2) السرخسي، أبي بكر بن محمد بن سهل السرخسي، **المبسوط**، ج13، ط1، دار السعادة، 1331، ص154 وما بعـدها. عبد الرزق حسن فرج، المرجع السابق.

(3) ويسند البعض بطلان بيع الفضولي إلى أساس أخلاقي وفني، الأساس الأخلاقي هو عدم جواز التصرف في ملك الغير دون إذن شرعي، والأساس الفني هو انعدام الرضا والمحل شرعا. راجع في هذا الرأي: عبد المجيد مطلوب، ص39 مـن خلال الغياثي، مرجع سابق، فقرة 83، ص132. وقارب ما قاله الفقه الفرنسي في هذه المسألة وما تبناه بعـض الشـراح المصريين ص52 من هذا البحث.

الفرع الأول: عرض النظرية

أنصار هذه النظرية هم من الحنفية[1] والشافعية في المذهب القـديم[2] والحنابلـة فـي إحـدى الروايتين[3] وأغلب المالكية[4] وإسحاق بن راهوية[5].

يرى هؤلاء الفقهاء، أن بيع الفضولي، بيع صحيح موقوف على إجازة المالك، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه فسخ البيع وأصبح باطلا واعتبر كأن لم يكن. واستدلوا على قولهم هـذا مـن القـرآن والسنة والقياس والمعقول.

أولا: القرآن الكريم

استدل أصحاب نظرية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك، بما ورد في كتاب ا تعالى مـن آيات، مثل قوله عز وجل "وأحل ا البيع" [6] وقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أمـوالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"[7] وقوله سـبحانه "فـإذا قضـيت الصـلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل ا "[8].

فهذه الآيات الكريمة في نظرهم، إن دلت على شيء، إنما تدل على جواز البيع بـالاطلاق، أي سواء كان نافذا أم موقوفا، وسواء تم بطريق الأصالة أو بطريق النيابة، وسواء وجد الرضا من

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج13، ص153. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص575. ابـن الهمـام، فـتح القـدير، ج5، ص309. ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص113.

(2) النووي، المجموع، ج9، ص282-285.

(3) ابن قدامة، المغني، ج4، ص205.

(4) ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصـد**، ج2، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1420-2000م، ص270-271. القرافي، الفروق، ج3، ص226، ابـن جـزى، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، **القوانين الفقهية** الرباط، مطبعة الأمنية، 1379، ص238.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص285.

(6) سورة البقرة، آية 275.

(7) سورة النساء، آية 29.

(8) سورة الجمعة، آية 10

المتعاقدين في الابتداء، أم وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها في الانتهـاء، فيجـب العمـل بإطلاق هذه الآيات إلا ما خص بدليل(1).

وهناك من استند إلى قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (2) ويرون أن مجـرد خلـو العقد من إذن المالك لا ينفي عنه وصف العقد، لعدم لزوم سـبق الإذن منـه، وترتيـب الأثـر المتوقف على الإجازة، ويرون أن عموم هذه الآية يؤكد على صحة بيع الفضولي(3).

واستدلوا أيضا بقوله تعالى "وتعاونوا على البر والتقوى" (4) وبيع الفضولي بعد إجازته بما فيـه من توفير في المشقة على المالك، يعد من قبيل التعاون على البر والتقوى، لـذلك لـزم القـول بصحته ومشروعيته(5).

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

استدل القائلون بتوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، بما روي عن أبي داوود والترمذي وابن ماجة أن عروة البارقي قال: دفع إلي رسول ا صلى ا عليه وسلم دينارا لأشتري لـه شـاة، فاشتريت له شاتين، بعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار الى رسول ا صلى ا عليـه وسلم فذكرت له ما كان من أمري، فقال بارك ا لك في صفقة يمينك(6).

من هذا الحديث الشريف نتبين أن عروة لم يكن مأمورا ببيع الشاة التي اشتراها للنبي صـلى ا عليه وسلم ولكن بالرغم من ذلك انعقد تصرفه صحيحا، وأنتج أثره بإقرار النبي له. ذلك لو كان تصرفه باطلا لرده وأنكر عليه ولما دعا له بالخير والبركة(7).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص576.

(2) سورة المائدة، آية 1.

(3) راجع المكاسب للشيخ الأنصاري، ص124، من خلال:عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، مرجـع سابق، ص73.

(4) سورة المائدة، الآية 21.

(5) القرافي، الفروق، ج3، ص343.

(6) النووي،الجموع، ج9، ص285.

(7) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص309. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص576.

ثالثا: القياس

قاس أنصار هذه النظرية بيع الفضولي على الوصية وعلى البيع بشرط الخيار إلى ثلاثـة أيـام لتأكيد صحة رأيهم. فقالوا: إن عقد الفضولي يصح موقوفا على الإجازة قياسا على الوصية لأن الوصية إن تجاوزت الثلث فإنها تحتاج إلى إجازة الورثة حتى تنفذ. وكذلك الأمر بالنسبة للبيـع بشرط الخيار إلى ثلاثة أيام فهو بيع صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن[1].

رابعا: المعقول

حسب وجهة النظر هذه، فإن بيع الفضولي عقد توافرت فيه جميع أركان انعقاده، فإرادة البـائع والمشتري سليمة من العيوب، ومحل العقد متقوم ومشروع، وكونه غير مملوك للبائع، لا ينفـي وجوده، ولكن في نفس الوقت، يوقف نفاذ العقد لأن احتمال عدم رضـاء المالـك بـالبيع قـائم وموجود، فإذا ما أجاز المالك هذا البيع، نفذ العقد وترتبت عليه آثاره من وقت انعقاده، وإذا لـم يجزه بطل العقد واعتبر كأن لم يكن[2].

مما سبق يتضح لنا، بأن هذه النظرية تجعل من بيع الفضولي صورة من صور العقد الموقوف، هذا العقد الذي يجعل البيع صحيحا ولكن تتوقف آثاره على إجازة من يملك الإجازة، أي المالك، فإن صدرت الإجازة منه نفذ البيع، وإن لم تصدر بطل البيع واعتبر كأن لم يكن.

الفرع الثاني: تقييم النظرية

لقد انتقدت نظرية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك من قبل القائلين بـبطلان هـذا البيـع، وشمل انتقادهم جميع الأدلة التي استند إليها أصحاب هذه النظرية للتدليل على صحتها، فانتقـدوا تفسيرهم لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف، ورفضوا قياسهم وحكمة عقلهم. وذلـك علـى النحو التالي:

---

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص310. القرافي، الفروق، ج3، ص244.

(2) السرخسي، المبسوط، ج13، ص154. القرافي، الفروق، ج3، ص343. عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، فقرة 91، ص159-160. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص61. الألفي، الفضـالة، مرجع سابق، ص67.

أولا: القرآن الكريم

لقد قال معارضوا هذه النظرية، بأن العموم الوارد في الآيات القرآنية السابقة، لا يشـمل عقـد الفضولي قبل الإجازة، ذلك أن هذا العقد قبل إجازته، لا يستوجب الوفاء على المالك، والتمسـك بالعموم بعد الإجازة يتوقف على جواز الرجوع إلى العام بعد خروج الفرد منه[1].

وقالوا أيضا بأن قوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى " يتنافى مع بيع الفضولي، ذلك أن بيع الإنسان مال غيره دون إذنه إنما هو إثم وعدوان وليس فيه تعاون على البر والتقوى [2].

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

قال الفقهاء وهم في صدد مناقشتهم حديث رسول ا صلى ا عليه وسلم مع عروة البارقي، أن عروة البارقي كان وكيلا للرسول صلى ا عليه وسلم وكالة مطلقة. إذ أن عروة لـم يقتصـر تصرفه على البيع وإنما قام بالشراء والبيع والتسليم، وهذا أمر لا يجوز إلا بإذن المالك، وهو ما لم يحصل من عروة البارقي، وهذا يدل على أنه كان وكيلا وكالة مطلقة[3].

إلا أن أصحاب الرأي القائل بوقف تصرف الفضولي على إجازة المالك، يردون على هذا الانتقاد بأن عروة لم يكن وكيلا مطلقا بالبيع وبالشراء، لأن رسول ا صلى ا عليه وسلم أمره بشراء شاه، وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف[4].

ثالثا: القياس

رفض الفقهاء المعارضين لفكرة العقد الموقوف، قياس بيع الفضولي على الوصية التي تجاوزت ثلث التركة، وقالوا بأن الوصية تصح بالمجهول والمعدوم وهو ما لا يصح في بيـع الفضـولي ناهيك عن أن الوصية تحتمل الغرر بخلاف البيع[5].

---

(1) حاشية الايرواني على المكاسب، ج1، ص117، من خلال عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي، ص74.

(2) الشافعي عبد الرحمن، ص56، من خلال: الغياشي، بيع ملك الغير مرجع سابق، ص139.

(3) النووي، المجموع، ج9، ص285-287.

(4) السرخسي، المبسوط، ج13، ص154.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص285- 287.

وفي الحقيقة لا أرى بأن هناك محل للمقارنة بين الأمرين، ففي الوصية يتصرف الموصي في ملكه، والوارث في الحقيقة لا يجيز تصرفا وقع على ماله وإنما ينشأ هذا التصرف. أما في بيع الفضولي، فالبائع يتصرف فيما لا يملك، والمالك يجيز تصرفا وقع على ماله.

الآن وبعد الانتهاء من الانتقادات التي وجهت إلي نظرية توقف بيع الفضولي على إجازة المالك، لا بد من أن يكون لنا موقف من هذه النظريات.

المطلب الثالث: الموازنة بين النظريتين

عرضنا في المطلبين السابقين حجج القائلين ببطلان بيع الفضولي، وحجج القائلين بتوقف آثار هذا البيع على إجازة المالك، وشاهدنا الانتقادات التي وجهت إلى كلا الرأيين، وبقي علينا في هذا المطلب أن نعرف الرأي الراجح في هذه المسألة.

لو نظرنا إلى الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي، لوجدنا هذا الرأي ينطلق من الحرص على عدم الوقوع في الإثم والحرام وأكل أموال الناس بالباطل، ولأن هذا الرأي لا يعرف فكرة العقد الموقوف، فلا يجد أمامه من سبيل سوى القول ببطلان هذا البيع الذي يتم دون إذن صاحبه.

هذا البيع الذي نهى الله عنه في كتابه الكريم ونهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم في سنته الشريفة، هو البيع الذي يتم دون إذن من صاحبه، ولكن ما هي المشكلة لو أعملنا حكم الله ورسوله دون أن نقضي على هذا البيع بالبطلان؟

في الحقيقة نحن نستطيع تحقيق ما أراده لنا عز وجل ورسوله الكريم، من خلال وقف نفاذ هذا البيع، على إجازة المالك، فإن رأى هذا المالك مصلحته في رفض البيع، كان له ذلك، استنادا إلى قول الله تعالى ورسوله الكريم، وإن رأى أن مصلحته في إجازة هذا البيع، كان له ذلك أيضا، لأنه إن كان من الممكن أن نتصور مثل هذا البيع في حالة الإجازة السابقة، فما المانع إذن من تصوره في حالة الإجازة اللاحقة.

أما الانتقاد الذي وجه إلى قياس بيع الفضولي على الوصية، فهو انتقاد وجيه وصحيح، ولكن لا يصلح للقول بعدم صحة تطبيق نظرية العقد الموقوف على بيع الفضولي، ذلك أن الأصل هو

البحث عن مدى صحة وشرعية القول بتوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، وقد رأينا ما قاله الفقهاء المسلمين في شأن شرعية هذا الرأي مستمدين حكمهم من القرآن والسنة.

لهذا فإننا نرى في حكمة العقل التي توصل إليها الفقهاء القائلون بفكرة العقد الموقوف أفضل من حكمة العقل التي تمسكت بفكرة البطلان، من حيث اعتبار ملكية البائع للشيء المبيع شرط نفـاذ وليس شرط وجود أو صحة، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلي اعتبار العقد موقوف النفـاذ ولـيس باطلا. ذلك أن القول بوقف النفاذ فيه تسهيل لمعاملات الناس القائمة على الرضائية مـن جهـة ومن جهة أخرى يمنع وقوع الضرر بالآخرين، إذ لا يجبر شخص على بيع شـيء يملكـه دون إذنه. فالعقد توافرت أركانه فالأصل انعقاده، ذلك أن ملكية المحل ليست شـرطا للانعقـاد إنمـا وجود المحل هو الركن، وعدم ملكية العاقد للمحل تؤدي إلى احتمالين، احتمال القول بـالبطلان، واحتمال القول بنظرية توقفه.

أخيرا فإن الرأي الذي يقول بتوقف آثار بيع الفضولي على إجازة المالك هو الرأي الراجح، وهو الذي يتمشى مع القواعد الفقهية، ذلك لأن العقد يمكن أن ينعقد مع تخلف حكمـه، فـالبيع مـع اشتراط البائع خيار الشرط عقد منعقد ومع ذلك لا يخرج المبيع من ملكية البائع حتى تنتهي المدة وهذا بإجماع الفقهاء. فمن المقرر فقها أن الأصل صيانة كلام العقلاء من العبث وتفـرع منهـا تصحيح الكلام أولى من إبطاله، وعليه لو حكمنا بالبطلان لمنعت إجازة العقد، لـذا الأصـل أن يعتبر العقد صحيحا موقوفا على إجازة المالك. فلو قال شخص لآخر بعتك هذا البيت إذا ملكتـه فهو عقد موقوف على شرط الملك، وجميع الفقهاء يجمعون على أنه عقد صحيح ملـزم ولكـن انتقال الملكية متوقف على حصول شرط الملك، وهذا قريب من موضوع بيع الفضولي.

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني في تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

بعد أن انتهينا من تحديد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في القانون الوضعي، وتحديد الطبيعـة القانونية لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي، وبعد أن تبين لنا بأن هـذه الطبيعـة فـي القـانون الوضعي تمثلت في فكرة العقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري، وفي الفقه الإسلامي تمثلت في فكرة العقد الموقوف على إجازة المالك. بقي علينا معرفة أي الاتجاهين يتفق مع أحكام بيع ملك الغير. هذا يعني ضرورة معرفة أحكام كل من العقد الموقوف والعقد القابل للإبطـال لنسـتطيع حينها تقرير أي الرأيين أصوب وأدق.

والآن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، ندرس فيها على التوالي، أحكـام العقـد الموقـوف، وأحكام العقد القابل للإبطال، ومن ثم مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال فيما يخص بيع ملك الغير.

المطلب الأول: أحكام العقد الموقوف

إن العقد الموقوف فكرة إسلامية محضة، كما مر معنا، لهذا فان القوانين العربية التي أخذت بهذا النظام، هي القوانين التي تأثرت بالفقه الاسلامى، مثل مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيـران، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني، والكويتي، واليمني، والسوداني، والإماراتي.

ونستطيع التعرف على العقد الموقوف من خلال الوقوف على المعنى اللغوي لكلمة الوقف حيث يقال: وقفت الدابة وقوفا سكنت، ووقفت الدار وقفا أي حبستها في سبيل ا ، ووقفت الأمر علـى حضور زيد علقت الحكم فيه بحضوره، ووقفت قسمة الميراث إلى الوضع أخرته حتى تضع[1].

وأما التعريف الاصطلاحي للعقد الموقوف فهو "التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعا"[2] وتعرف المجلة البيع الموقوف بأنـه " بيـع

(1) المقري، المصباح المنير، ص397.

(2) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص43.

يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي"[1] وشارح المجلة يضيف على هذا التعريف قائلا "البيع المشروع أصلا ووصفا والذي يفيد الملك على وجه التوقف"[2].

فالعقد الموقوف هوالعقد المشروع بأصله ووصفه، ولكن لتخلف أحد شروط النفاذ تتوقف آثاره على إجازة من يملك حق الإجازة، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لنفاذ العقد أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد، وولاية على نوع التصرف الذي يجريه.

وتتحقق الولاية على محل العقد، بالملك أو النيابة، فإن تصرف من هو غير مالك أو غير وكيل بملك غيره، ينعقد العقد موقوفا على إجازة المالك، هذه هي حالة بيع الفضولي[3].

أما الولاية على التصرف، تتحقق باكتمال التمييز لدى العاقد، لذا فتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي. لأن الولاية حسب الرأي الغالب لدى فقهاء المسلمين تعتبر شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

وقد أشارت المادة (310) من مرشد الحيران إلى حالتي وقف العقد فنصت على أنه "إذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد صبيا مميزا فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك في الصورة الأولى والولي أو الوصي في الصورة الثانية ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة"[4].

---

(1) المادة (112) من مجلة الأحكام العدلية، وهناك من البيوع تعتبر موقوفة في ظل الفقه الإسلامي غير تلك التي يتعلق بها حق الغير، كالبيع الصادر من ناقص الأهلية مثلا.

(2) حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الكتاب الأول، البيوع، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية،1991، ص94.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص309 وما بعدها.

(4) وقد نظم القانون المدني العراقي العقد الموقوف في المواد (134- 136) والقانون المدني الأردني في المواد (171 -175) وجعل القانون المدني الأردني حكم عقد المكره الوقف لا الفسخ. راجع المادة (141) من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: أحكام العقد القابل للإبطال

إن فكرة العقد القابل للإبطال أي العقد الباطل بطلانا نسبيا، هي فكرة غربية محضة، وتأثرت بها بعض القوانين العربية، تلك القوانين التي استمدت معظم أحكامها من القوانين الغربيــة وعلــى الأخص منها القانون المدني الفرنسي. من هذه القوانين، قانون الموجبــات والعقــود اللبنــاني، والقانون المدني المصري، والقانون المدني السوري.

وفكرة العقد القابل للإبطال ترى بأن انتقال الملكية هو التزام على العاقد ويســتحيل أن يســتطيع الملتزم نقل الملكية لأنه لا يملكه، ولأن الاستحالة ليست مطلقة كان العقد قابلا للإبطال لاستحالة تنفيذ الملتزم لالتزامه.

والبطلان النسبي- كما مر معنا[1] – يتحقق في حالة ما إذا تخلف في العقد شرط مــن شــروط الصحة، كعقد ناقص الأهلية، أو عقد من شاب إرادته عيب من عيوب الرضا.

والعقد في هذه الحالة يكون صحيحا، منتجا لكل آثاره، إلى أن يطلب من شرع الإبطال لصالحه إبطاله. وإذا حكم بالبطلان اعتبر العقد باطلا من يوم انعقاده شأنه في ذلك شأن العقــد الباطــل بطلانا مطلقا.

وبهذا المعنى، فإن العقد القابل للإبطال ينتج كافة آثاره إلى أن يحكم ببطلانه، والإجازة في هــذا العقد يقتصر دورها على تأكيد صحة هذا العقد ليس أكثر.

وحالات العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي ثلاثة وهي:

1- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.

2- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين.

3- حالة وجود نص خاص كما في بيع ملك الغير.

---

(1) منعا للتكرار راجع ماقلناه في نظرية البطلان النسبي لبيع ملك الغير ص 58 من البحث.

المطلب الثالث: بيع ملك الغير بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال

إن القوانين المتأثرة، بالفقه الغربي، جعلت حكم تصرف ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير تصرفا قابلا للإبطال، على خلاف ما ذهبت إليه القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي والتي عملت على وقف آثار هذه التصرفات على إجازة من يملك الإجازة.

وهذا يعني أن النظامين يتقابلان في الحكم، على ما بينهما من فارق جوهري. ذلك أن العقد الموقوف – كما مر معنا – لا ينتج آثاره حتى تلحقه الإجازة، أما العقد القابل للإبطال فهو جائز إلى أن يلحقه البطلان، فالإجازة في العقد الموقوف تحرر العقد وتجعله ينتج آثاره، بينما يقتصر دور الإجازة في العقد القابل للإبطال على زوال خطر البطلان الذي كان يتهدده. لهذا قلنا بأن العقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يحكم ببطلانه بناء على طلب من شرع هذا البطلان حماية لمصلحته.

والآن أي الحكمين أنسب لحالة بيع ملك الغير، القول بقابلية بيع ملك الغير للإبطال، أم القول بوقف هذا البيع على إجازة المالك. بعبارة أخرى إذا باع شخص ملك غيره، هل الأولى أن تقف آثار هذا البيع حتى يجاز كما هو الحال في الفقه الإسلامي، أم ينفذ البيع حتى يبطل كما هو الحال في الفقه الغربي؟

إن القول بوقف هذا البيع يعني اعتبار تصرفات الفضولي موقوفة النفاذ على إجازة المالك، وهذا ما نصت عليه المادة (171) من القانون المدني الأردني حيث قالت "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره"[1] وفي بيع ملك الغير الذي يملك الإجازة هو المالك وحده، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل.

إذا في حالة بيع ملك الغير واضح أن المانع من نفاذ هذا البيع هو عدم ملكية البائع للمبيع، ويبقى هذا العقد موقوفا، ما دام هذا المانع موجود، وبالتالي لا تنتقل الملكية ولا يستحق الثمن، حتى يزول المانع، بأن يرضى المالك في البيع الذي وقع على ملكه ويجيزه، عندئذ فقط تترتب آثار

---

(1) نفس الحكم في المادة (134) من القانون المدني العراقي.

هذا العقد بأثر رجعي إلى وقت انعقاده، لأنه بزوال المانع يعود الممنوع كما تقضي بذلك القاعدة الفقهية المشهورة[1].

والى هذا التكييف ذهب القانونين المدنيين العراقي والأردني.إلا أن القانون المدني الأردني عـاد في الأحكام الخاصة في عقد البيع لينص من جديد على حالة بيع ملـك الغيـر فـي المـادتين (550-551) ليخلق بذلك حكما خاصا يخالف به الحكم الوارد في القواعد العامة حسب المـادة (171) من القانون ذاته.

فالمادة (550) تنص على أنه "1- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع

2- ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري"

وتنص المادة (551) على أنه "1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا فـي حق المشتري.

2- وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"

يبدو أن المشرع الأردني قد تأثر في صياغة المادة (550) بالمادة (467) من القـانون المـدني المصري، مما أوقعه في خطأ في الصياغة، ذلك أن صياغة النص على النحو الذي تم فيه يتفق مع موقف المشرع المصري الذي أخذ بنظام البطلان النسبي، ولا يتفق مـع موقـف المشـرع الأردني الذي أخذ بنظام العقد الموقوف.

فالعقد الموقوف صحيح وكل ما يحتاجه ليرتب آثاره الإجازة من مالكها فقط، لهذا فإننـا نعيـب على المشرع الأردني قوله " وينقلب صحيحا في حق المشتري "لأن العقـد الموقـوف أصـلا صحيح، لذلك كان المفروض عليه أن يقول مثلا" 1- إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد فـي حقـه ولزم المشتري.

(1) هذا ما نصت عليه المادة (24) من مجلة الأحكام العدلية.

2- ويلزم العقد المشتري أيضا إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"

ولكن هل هذا يعني أن المشرع الأردني جعل حكم بيع ملك الغير القابلية للإبطال؟

هذا ما يراه البعض[1] مبررين ذلك بأن القواعد الخاصة يجب أن تقدم على القواعد العامة عند التعارض، إذ بموجب هذا الرأي فإن نص المادتين (550-551) يتمشيان مع العقد القابل للإبطال أكثر من العقد الموقوف، حيث يعتبر العقد قابل للفسخ من قبل المشتري فقط دون البائع. وأن من حق كل من المشتري والمالك إجازة العقد وأن عبارة " انقلب صحيحا في حق المشتري" لا تتفق مع قواعد العقد الصحيح الموقوف.

لا أتفق مع هذا الرأي، وإن كنت انتقد مسلك المشرع الأردني، ذلك أن القول بأن العقد قابل للفسخ من قبل المشتري فقط دون البائع، يؤكد لنا بأن المشرع الأردني نفى أن يكون قد أخذ بفكرة العقد القابل للإبطال، إذ كان بإمكانه أن يقول بأن العقد قابل للإبطال بدلا من القول قابل للفسخ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قرارات محكمة التمييز الأردنية[2] تواترت على

---

(1) في هذا الرأي: العبيدي، علي: **ملاحظات ومقترحات على بعض نصوص عقد البيع في القانون المدني الأردني**، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد الأول، آب. 1998، ص155- 156. و أيضا لنفس المؤلف: **العقود المسماة في البيع والإيجار**، ط2، الأردن، المركز القومي للنشر، 1999، ص56-58. وعكس هذا الرأي في الأردن يرى الدكتور محمد يوسف الزعبي في بيع ملك الغير بأنه بيع فضولي موقوف النفاذ على إجازة المالك. الزعبي، محمد يوسف: **العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون الأردني**، ط1، الأردن، د.ن، 1993م-1414. فقرة 473، ص533.

(2) راجع القرارات: تمييز حقوقي رقم (73/19) منشور في مجلة نقابة المحامين ص230، سنة 1973م. وتمييز حقوقي رقم (74/361) منشور في مجلة نقابة المحامين ص993، سنة 1975. وتمييز حقوق رقم (79/347) منشور ص494، سنة 1980. و من الغريب أن محكمة التمييز الأردنية في قرار لها كانت قد ساوت بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، حيث جاء في هذا القرار " إن تأجير المستفيد من مشروع الإسكان السكن الذي خصص له إلى غيره دون موافقة مؤسسة الإسكان لا يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا بحيث لا ينتج أي أثرا قانوني، وإنما يعتبر باطلا بطلانا نسبيا موقوفا على موافقة المؤسسة حسب قانونها الخاص..." أنظر تمييز حقوق رقم (79/408) منشور في مجلة نقابة المحامين ص787، سنة 1980م. ونحن نرى بأنه على الرغم من مقابلة العقد الموقوف للعقد القابل للإبطال في أكثر من حالة، إلا أن الاختلاف الشاسع بينهما سواء من حيث المصدر أو من حيث الآثار يكشف لنا عدم المساواة بينهما. لهذا فإن الأستاذ لينان دي بلفون قد حذر من الوقوع في مثل هذا الخلط وهو يشير إلى بعض الأوروبيين الذين تخصصوا في الفقه الإسلامي والذين وقعوا في خطأ حين خلطوا بين التصرف الموقوف والتصرف الباطل بطلانا نسبيا. راجع قول الأستاذ لينان دي بلفون من خلال: الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص63.

اعتبار بيع ملك الغير بيعا موقوفا على إجازة المالك، وهو ما يؤكد على موقف مشرعها الـذي تبنى فكرة العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي.

مما تقدم يتبين لنا بأن المشرع الأردني جعل من بيع ملك الغير عقـدا غيـر لازم فـي حـق المشتري، علما أن الأصل حسب قواعد العقد الموقوف أن يكون المشتري ملزما بالعقد والإجازة تكون من حق المالك.

وقد كان بإمكان المشرع الأردني الاستغناء عن نص المادتين (550-551) والاكتفاء بمـا ورد في المادة (171) كما فعل المشرع العراقي في المادة (134) من قانونه المدني، ليبعد بذلك عنه الانتقادات التي وجهت إليه.

أما القول ببطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري، فهو يعني نفاذ البيع حتى يبطل من قبل المشتري. ولكن ما هو الحل بالنسبة للمالك والذي يعتبر في ظل هذا الحكم أجنبيا عـن العقد؟.

من المؤكد أن المشرع لا يستطيع ترك المالك دون حكم يحميه، لهذا جاء بنص خاص به جعـل العقد غير نافذ في حقه. وبهذا الشكل يكون حكم عقد بيع ملك الغير حكما مزدوجـا أو مركبـا، فهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري من ناحية، وغير نافذ في حق المالك من ناحية أخرى.

لهذا اضطر المشرع الوضعي إلى الخروج عن القواعد العامة في شأن البطلان، ولـم يسـتطيع الاستناد إلى فكرة البطلان النسبي، هذه الفكرة التي جعلها حكما مقابلا لحكم العقد الموقوف فـي ظل الفقه الإسلامي. إذ أن القول بالبطلان النسبي يقضي بجعل حق الإجازة والبطلان لمصـلحة عاقد واحد، ولكن الأمر مختلف في بيع ملك الغير، لأن هناك شخصان يملكان حـق الإجـازة، المشتري والمالك.

هذان الشخصان هما الجديران بالحماية في هذه العملية، وكان بإمكان المشرع الوضعي حمايـة هذان الشخصان بحكم واحد، هو وقف آثار العقد على إجازة المالك- كما فعل الفقه الإسلامي –

دون أن نكون بحاجة إلى ازدواجية الحكم والاستعانة بفكرة عدم النفاذ أو عدم السريان إلى جانب القابلية للإبطال لمصلحة المشتري.

ذلك أن مقتضى الأخذ بفكرة العقد الموقوف، يستوجب أن يكون هناك إجازة وفسـخ، الإجـازة تكون لمن وقف العقد لمصلحته وهو المالك، والفسخ يكون للمتصرف إليه كقاعدة عامـة وهـو المشتري. وبهذا تتحقق الحماية للشخصين معا في حكم واحد.

ثم إن القول بوقف بيع ملك الغير على إجازة المالك، أفضل من القول بقابلية هذا البيع للإبطـال لمصلحة المشتري من ناحية الآثار القانونية التي يرتبها هذا البيع، فلو كان الحكم هو وقف آثار البيع، لما خفنا من أية آثار لعدم ترتبها أصلا ما دام المالك لم يجيز هذا البيع. أما في حالة حكم القابلية للإبطال، فالآثار تترتب كاملة، وهذا من شأنه أن يضر بالمالك، كما لو تم بيع ملكه مـرة ثانية من مشتري ثاني ومن دون إذنه.

إضافة إلى أن العقد الموقوف هو عقد ملزم للمشتري ولكنه موقوف على إجازة المالك، أما العقد القابل للإبطال فهو أعطى للمشتري حق الإجازة، ولكن لو أجاز المشتري العقد وبقـي المالـك يرفض العقد فما هي فائدته؟

أخيرا ننتهي إلى تفوق فكرة العقد الموقوف على فكرة العقد القابل للإبطال في شأن بيـع ملـك الغير، وهذا هو ما قصده الدكتور السنهوري من قوله" يرجح العقـد الموقـوف العقـد القابـل للإبطال، لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر. فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسـلامي موقوف، فقد قلنا كل شيء. أما إذا قلنا: بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضا عقد غير سار في حق المالك الحقيقي..."[1].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ص169.

الفصل الثالث

بيع عقار الغير

وفيه مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع العقار

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طبيعة بيع العقار في القانون الوضعي

المطلب الثاني: طبيعة بيع العقار في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني من الطبيعة القانونية لبيع العقار

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في القانون الوضعي

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: المقارنة بين الطبيعة القانونية والفقهية لبيع عقار الغير

الفصل الثالث

بيع عقار الغير

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبيع العقار

سوف نرى في هذا الفصل اختلاف القوانين العربية من مسألة بيع العقار، ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى الاختلاف في المصدر التي استقت منه هذه القوانين أحكامها، فمن هذه القوانين من تأثر بالفقه الغربي ومنها من تأثر بالفقه الإسلامي. لهذا لابد من تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول نحدد طبيعة بيع العقار في ظل القانون الوضعي، وفي المطلب الثاني نحدد طبيعة بيع العقار في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثالث نقارن بين الاتجاهين القانوني والفقهي ليكون لنا وجهة نظر في الموضوع.

المطلب الأول: طبيعة بيع العقار في القانون الوضعي

إن الطبيعة القانونية لبيع العقار يتنازعها اتجاهين، اتجاه يقضي برضائية بيع العقار، واتجاه آخر ينادي بشكلية بيع العقار. وندرس هذين الاتجاهين في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: الاتجاه القائل برضائية بيع العقار

يمثل هذا الاتجاه القانون المدني المصري، وقانون الموجبات والعقود اللبناني. ويظهر هذا الاتجاه بوضوح من خلال النصوص الواردة في هذه القوانين.

ففي القانون المدني المصري، تنص المادة (204) على أن "الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" وتنص المادة (932) على أنه "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة (204) وذلك مع مراعاة النصوص الآتية". أما المادة (937) من نفس القانون فهي تنص على أنه "1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان

ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري. 2- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء كانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

وبالرجوع إلى قانون الشهر العقاري المصري رقم (114) لسنة 1946[1] نجد أن المادة التاسعة منه تنص على أن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة بشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

من خلال هذه النصوص نستطيع الحكم على بيع العقار بأنه عقد رضائي يترتب عليه جميع آثاره عدا نقل الملكية، وبالتالي فإن بيع العقار غير المسجل في دائرة الشهر العقاري هو الآخر عقدا رضائيا تترتب عليه جميع آثاره، عدا الملكية التي لا تنتقل إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة.

وفي هذا الشأن يرى الدكتور سليمان مرقس في عقد البيع عقدا رضائيا وليس شكليا، إذ أن إجراء التسجيل هو شرط لإمكان تنفيذ أحد آثار عقد البيع هو نقل الملكية إلى المشتري، وليس شرطا لانعقاد البيع. ويستند في قوله هذا إلى نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة 1923 التي نصت على أنه "يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها وهي الحقوق العينية الأصلية العقارية، لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل

---

(1) على الرغم من صدور قانون السجل العيني في مصر بعد قانون الشهر العقاري، إلا أن القانون الأخير هو المطبق في السواد الأعظم من جمهورية مصر العربية، وهذا ما دعانا للاستناد إلى نصوصه. نجيدة، علي: **الوجيز في عقد البيع**، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص121. زكي، محمود جمال الدين: **قانون عقد البيع في القانون المدني**، د.ط، جامعة الكويت، 1974- 1975، فقرة 102، ص200.

لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم" والمقصود بذلك أن أثر البيع – نقل ملكية العقار المبيع – يتوقف على تسجيل عقد البيع، وأي التزامات أو آثار أخرى ينشئها عقد البيع في ذمة العاقدين لا تتوقف على تسجيل العقد[1].

لو تفحصنا نصوص القانون المدني المصري وقانون الشهر العقاري، لن نجد نصا واحدا يقضي ببطلان بيع العقار غير المسجل، إذ لا يوجد نص يفيد بأن تسجيل العقد يعتبر شرطا لانعقاد البيع، حتى يمكننا القول بأن جزاء تخلف هذا الشرط هو البطلان.

فضلا عن أن القانون لم يتضمن ما يفيد أن العقد غير المسجل ينشئ التزامات أو آثار أخرى غير الإلتزامات أو الآثار التي تترتب على عقد البيع، حتى يفهم من ذلك أن البيع غير المسجل يقع باطلا، وكل ما في الأمر يترتب على البيع غير المسجل التزامات شخصية تختلف عن الإلتزامات التي تترتب على عقد البيع في العادة[2].

وقد أكد القضاء المصري في أكثر من حكم قضائي على رضائية عقد بيع العقار، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية "إن قانون تنظيم الشهر العقاري يتطلب لإمكان نقل الملكية وجوب تسجيل عقد البيع، وأن ذلك لا يضفي على هذا العقد شكلا رسميا معينا، لأن القانون لم يغير شيئا من طبيعة ذلك العقد من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين، وإنما عدل فقط من آثاره بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية وحده غير مترتب على مجرد العقد، بل متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل، أما آثار البيع الأخرى فإنها تترتب على مجرد العقد ذاته ولو لم يسجل"[3].

---

(1) مرقس، الوافي، ج3، ص390- 391. ويلاحظ أن المادة الأولى التي استند إليها الدكتور مرقس تقابل المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (114) لسنة 1946 السابق ذكرها.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 272، ص485- 486.

(3) نقد مدني بتاريخ 21 /1982/11، أشار إليه محمد، خلف: **قضاء النقض في الملكية في خمس وخمسين عاما**، ط1، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، د.ت، ص240.

إذا نخلص في النهاية إلى اعتبار بيع العقار في ظل القانون المدني المصري عقدا رضائيا، وتطلب الشهر في مثل هذا البيع لا يجعل منه عقدا شكليا. كل ما في الأمر أن انتقال الملكية يتراخى إلى أن يتم التسجيل. والى نفس الموقف ذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني[1].

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار

يمثل هذا الاتجاه القانونين المدنيين العراقي والأردني والقوانين السارية المفعول في فلسطين. ويظهر هذا جليا في نصوص هذه القوانين، حيث تنص المادة (208) من القانون المدني العراقي على أن "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون" وتنص المادة (2/1126) من القانون ذاته على "والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريق المقررة قانونا" كما وتنص المادة (2/3) من قانون التسجيل العراقي رقم (43) لسنة 1971 على أنه "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"[2].

من جملة هذه النصوص يتضح لنا موقف المشرع العراقي من مسألة بيع العقار، حيث يجعل من هذا البيع عقد شكلي، لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل الذي تطلبه له القانون وهو تسجيل البيع في دائرة التسجيل[3].

تأسيسا على ذلك نستطيع القول بأن تخلف التسجيل في البيوع العقارية يترتب عليه بطلان العقد واعتباره كأن لم يكن. ذلك أن المشرع العراقي جعل من تخلف الشكل سبب من أسباب البطلان. حيث تنص المادة (137) من القانون المدني العراقي على "ويكون باطلا أيضا إذا اختلت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

---

(1) راجع في موقف قانون الموجبات والعقود اللبناني المواد (393- 394) وراجع أيضا المادة (11) من القرار رقم (188) بتاريخ 15 آذار 1926 بشأن إنشاء السجل العقاري.

(2) أوضحت المادة (3/3) من قانون التسجيل العراقي المقصود بالتصرف العقاري بقولها " كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة "

(3) الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص407.

وهذا هو نفس ما اتجه إليه المشرع الأردني، حيث جعل التسجيل ركنا من أركان انعقاد البيع العقاري. حيث نصت المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 على أنه " في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع، والمبادلة، والإفراز، والمقاسمة في الأرض، أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل"كما نصت المادة الثانية من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 على أنه " ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف... وإعطاء سندات تسجيل بها في دائرة تسجيل الأراضي" كما نصت المادة الثالثة من نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953 على أن " (أ) تجرى معاملة بيع الحقوق والمنافع في الأراضي في دائرة تسجيل الأراضي بموجب عقد بيع لكل مشتري، وعندما يتم البيع تشطب أسماء البائعين من صحيفة سجل الأموال غير المنقولة، ويدون فيه اسم المشتري مع رقم وتاريخ عقد البيع".

وقد أكد القضاء الأردني في أكثر من قرار على موقف قوانينه الخاصة، والتي جعلت من عقد بيع العقار عقد شكليا، أي لابد لإتمامه إجراء معاملة البيع لدى دوائر التسجيل[1] حيث قضت محكمة التمييز بأنه "لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والقسمة في الأرض أو الماء في المناطق التي تمت فيها التسوية صحيحا ما لم يسجل في دوائر التسجيل"[2] وفي قرار آخر تقول محكمة التمييز "إن عقد بيع فيلا ستقام على أرض معينة هو بيع أموال غير منقولة بموجب عقد عرفي لم يسجل في سجلات دائرة التسجيل ولا يترتب عليه أي أثر، ويترتب على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه عملا بالمادتين (168-248) من القانون المدني"[3].

هذا وقد أكد ديوان تفسير القوانين في الأردن عند تفسيره الفقرة الثالثة عشرة من المادة الثالثة من قانون رسوم تسجيل الأراضي رقم (26) لسنة 1958 على شكلية البيوع العقارية. حيث نص القرار على ما يلي "بالرجوع إلى القوانين الخاصة بالأموال غير المنقولة نجد أن

---

(1) تمييز حقوق رقم (79/166) مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، ص1029.

(2) تمييز حقوق رقم (93/1170) مجلة نقابة المحامين لسنة 1994، العددان التاسع والعاشر، ص2272.

(3) تمييز حقوق رقم (86/850) 1987، ص119، و، أنظر أيضا لمحكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم (91/625) مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، العددان الرابع والخامس، ص897، و تمييز حقوق رقم (78/156) مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص1249. و تمييز حقوق رقم (87/142) سنة 1989، ص2495.

الشارع قد اعتبر عقود التصرف بهذه الأموال من العقود الشكلية التي لا يتم العمل القانوني فيها إلا باستيفاء ركنها الشكلي الذي عينه القانون، وهو إجراء المعاملة في دائرة التسجيل والتوقيع عليها من ذوي الشأن أمام المأمور المختص وتسجيلها في السجل الرسمي بعد دفع الرسوم القانونية"[1].

يبدو أن المشرع الأردني تأثرا منه بالمشرع المصري قد جاء في عبارات لا تلائم موقفه القانوني، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني "تنص المادة (1146) على أن الملكية في العقار والمنقول على السواء تنتقل بالعقد وان كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، إلا أن ذلك لا يمنع من انتقالها بالعقد طبقا للرأي الراجح ولكن أثره يتراخى إلى وقت التسجيل... كما نصت المادة (1148) على أنه لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية في المواد العقارية إلا بالتسجيل، ومتى تم التسجيل، تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل لأن سبب نقل الملكية هو العقد، وقد ترك تنظيم أحكام التسجيل إلى القوانين الخاصة في الأردن"[2].

والقول هذا ينطبق في الحقيقة على موقف المشرع المصري الذي جعل من عقد بيع العقار عقدا رضائيا وعلق انتقال الملكية فيه على التسجيل، ولا ينطبق على موقف التشريع الأردني[3] الذي استخدم عبارات تدل على البطلان المطلق لكل عقد بيع عقار غير مسجل في دائرة التسجيل. من هذه العبارات مثلا "لا يعتبر البيع... صحيحا".

---

(1) قرار تفسيري رقم (110/1) الصادر بتاريخ 1971/3/4 منشور في الجريدة الرسمية عدد 2289 بتاريخ 1971/5/1 ص454.

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص759-760. ويعلق الدكتور علي العبيدي على نص المادة (1148) بالقول بأن هذه المادة تجعل من عقد بيع العقار عقدا رضائيا وليس شكليا. بالتالي نجد الدكتور العبيدي يعتبر البيع العقاري رضائيا. و نرى أن قوله هذا صحيح لولا وجود نصوص خاصة في القوانين الأردنية أحالتنا عليها المذكرات الإيضاحية الأردنية، ذلك أن القاعدة تقول الخاص يقيد العام وبالتالي النص الخاص الذي يجعل من عقد بيع العقار في الأردن عقدا شكليا أولى في الحكم من النص العام الذي انتقدناه مع الدكتور العبيدي. راجع العبيدي، ملاحظات ومقترحات على بعض نصوص عقد البيع في القانون المدني الأردني مرجع سابق، ص164.

(3) أنكر جانب من الفقه على التسجيل اعتباره ركن انعقاد وإنما اعتبره شرطا لنقل الملكية في القانون الأردني، واستند هذا الفقه إلى بعض النصوص في القانون المدني الأردني مثل المادة (1/485) التي نصت على أنه " تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك " والمادة (90) التي تنص على أنه " ينعقد العقد

إذا مما تقدم ننتهي إلى أن بيع العقار في القانونين الأردني والعراقي هو عقـد شـكلي وتخلـف الشكلية فيه يؤدي إلى بطلان هذا البيع.

وفي فلسطين فإن حكم بيع العقار طبقا للقوانين المعمول بها، هو عقد شكلي أيضا. حيث تـنص المادة الرابعة من قانون انتقال الأراضي رقم (39) لسنة 1920 على ما يلي:

"1- لا تعتبر معاملة التصرف في الأموال غير المنقولة صحيحة إلا إذا روعيت بشأنها أحكـام هذا القانون. 2- على كل من يرغب في إجراء معاملة تصرف بمال غير منقول أن يحصل أولا على الموافقة الخطية المطلوبة في الفقرة التالية. 3- للحصول على الموافقة المشار إليهـا فـي الفقرة (2) يقتضي تقديم عريضة للمدير بواسطة مكتب تسجيل الأراضي في المكان الواقعة فيه الأرض تبين شروط معاملة التصرف المراد إجراؤها، ويطلب فيها موافقتـه علـى المعاملـة. 4- ترفق هذه العريضة بما يثبت ملكية الناقل أو مقدم العريضة، وبخارطة للمال غير المنقـول المختص من أجل غايات التسجيل إذا طلب المدير ذلك، ويبقـى أن تتضـمن العريضـة طلبـا بتسجيل عقد ينظم تنفيذا لشروط معاملة التصرف. 5- ويجوز أن تتضمن العريضة فقرة تعـين العطل والضرر الذي يدفعه الفريق المتخلف عن إنهاء معاملة التصرف بعد التصديق عليها".

واضح من النص السابق أنه يجعل من كل تصرف عقاري غير مسجل ومؤشر عليه مـن قبـل مدير تسجيل الأراضي باطلا. وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف العليا بغزة فـي الاسـتئناف القاضي بأن "كل بيع خارج دائرة الطابو للأراضي المسجلة يكون باطلا..." [1].

بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " والمادة (497) التي تنص على أنه " يتم التسليم حكما بتسجيل البيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسـجيل الرسمي " فهذا الفقه يفسر هذه المادة على أنها اعتبرت تسجيل بيع العقار شرط لنقل الملكية وليس شرطا في انعقـاد بيـع العقار. في هذا الرأي راجع: الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف: **الوجيز في القوانين المرعية في الجمهوريـة العراقيـة والأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الإلتزامات، المصادر الإرادية**، د.ط، عمـان، مطبعـة البيت العربي، 1984، ص34. ونحن بدورنا نرفض هذا الرأي ونعتبر التسجيل ركن انعقاد في القانون الأردني وليسـت هذه المواد سوى اختيار من بين عدة مواد أخرى قاطعة في الدلالة على اعتبار البيع العقاري بيعا شكليا وبالتالي التسـجيل هو شكل ضروري لانعقاد البيع وبدونه يكون البيع باطلا كما أكد على ذلك القوانين الأردنية الخاصة والسابق ذكرها.

(1) استئناف أراضي رقم (79/74) صادر بتاريخ 1980/10/16، راجع القرار من خلال: الدحدوح، سالم حماد: **الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري**، ط3، د.ن، 1998، هامش رقم (38) ص514. وراجع أيضا نص المادة

كما وأكد قانون تسوية حقوق ملكية الأراضي رقم (9) لسنة 1928 على شكلية بيع العقار من جديد في المواد(39، 44، 45) [1].

المطلب الثاني: طبيعة بيع العقار في الفقه الإسلامي

ورد في بدائع الصنائع ما نصه "وأما بيان صفة الحكم، فله صفتان... الثانية الحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال، لأنه تمليك بتمليك... فيقتضى ثبوت الملك في البدلين في الحال... بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع مقدمة تمليكا للحال، وبخلاف البيع الفاسد، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض، فيصير تمليكه عنده"[2].

إذا متى أبرم عقد البيع صحيحا – حسب الفقه الإسلامي – ترتب حكمه الأصلي، وهو ثبوت ملك المشتري للمبيع وملك البائع للثمن في الحال[3]. أي أن العقد في الشريعة الإسلامية ينقل الملك بذاته دون تفرقة بين منقول وعقار. على خلاف ما مر معنا في بعض الأنظمة الوضعية التي تجعل من عقد بيع العقار عقدا شكليا.

(3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 والمادة الثانية من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 السابق ذكرهما عندما تحدثنا عن موقف المشرع الأردني من مسألة شكلية البيوع العقارية ذلك أن هذه القوانين تعتبر من ضمن القوانين السارية المفعول في فلسطين (الضفة الغربية).

(1) تنص المادة (39) من القانون المذكور أعلاه على أنه " إذا أجريت معاملة تصرف في أرض بعد نشر جدول الحقوق فلا تعتبر صحيحة إلا بعد تسجيلها في سجل القرية حسب الأصول " وتنص المادة (44) على أنه " لا تعتبر كل معاملة تصرف في أرض مسجلة في السجل الجديد، خلاف الإيجار الذي لا تجاوز مدته ثلاث سنوات صحيحة، ولا تعتبر كل أرض آلت للغير بطريق الإرث أيلولة صحيحة ما لم تسجل في السجل " وتنص المادة (45) على أنه " 1- لا تقبل أي دعوى تقام على صاحب حق مسجل بناء على معاملة تصرف غير مسجلة..." هذا هو موقف القوانين الفلسطينية من مسألة بيع العقار والذي يتمثل في هذه القوانين والقوانين السابق ذكرها عند الحديث عن موقف المشرع الأردني، ذلك أنه حسب المرسوم الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني الراحل ياسر عرفات بتاريخ 1994/5/2 وحسب المادة الأولى منه يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية " الضفة الغربية وقطاع غزة " "حتى يتم توحيدها ".

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص235.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص235.ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص110. ابن قدامة، المغني، ج4، ص71.

وبهذا المعنى تنص المادة (369) من مجلة الأحكام العدلية على أن "حكم البيع المنعقـد الملكية، يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع، والبائع مالكا للثمن"[1] وبنفس المعنى أيضا تنص المادة (74) من مرشد الحيران على "ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصـول عقـد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذا لازما، سواء كان عقارا أم منقولا".

إذا العقد في الشريعة الإسلامية هو نفسه الذي ينقل الملكية دون حاجة لأي إجراء آخر. ولكن هل وجهة النظر هذه تفضل ما جاء به فقهاء القانون الوضعي ؟ هذا هـو عنوانـنـا فـي المطلب التالي.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقهين الإسلامي والقانوني من الطبيعة القانونية لبيع العقار

عرفنا موقف القوانين الوضعية من مسألة بيع العقار، المتمثل في جعله رضائيا حسـب رأي البعض انطلاقا من مبدأ رضائية العقود، وجعله شكليا حسب رأي البعض الآخـر انطلاقـا من مبدأ شكلية العقود، وبعد معرفة موقف الفقه الإسلامي الذي جعل العقد ناقلا للملك بذاتـه، لا بد من مقارنة هذه المواقف للوقوف على أصوبها.

في الحقيقة إن جعل القوانين الوضعية بيع العقار من البيوع الشكلية وبالتالي تطلب تسجيلها حتى تنتج آثارها أو شهرها حتى تنتقل الملكية فيها ليس من فراغ وإنما جاءت هـذه الأحكـام مـن الأهمية الاقتصادية والسياسية للعقارات وهو تعلقها بثروات الناس من جهة والخوف من تسرب الأراضي من جهة أخرى. لهذا عنت القوانين الوضعية بتنظيم خاص لأحكام العقـارات. ولكـن هل هذا يعني أن موقف هذه القوانين جاء أصوب من موقف الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بـين العقار والمنقول في الحكم؟

---

(1) بما أن مجلة الأحكام العدلية هي القانون المدني المطبق في فلسطين، نجد أن هناك تعارض واضح بين الشريعة العامة للقوانين المدنية " المجلة " والقوانين المدنية الخاصة في العقار. فالأولى لا تفرق بين المنقول والعقار في الحكم بينما الثانية تجعل من حكم بيع العقار البطلان في حالة عدم التسجيل في الدائرة المختصة كما مر معنا. وسبب هذا التعارض هـو أن القوانين الفلسطينية في معظمها لا تعبر عن إرادة مشرعها الحقيقي. فالمجلة صدرت عن الإرادة السـلطانية فـي الدولـة العثمانية بينما القوانين الخاصة في العقار والسابق ذكرها منها ما صدر عن الإرادة الملكية في الدولة البريطانية ومنها مـا صدر عن السلطات الأردنية. وكل القوانين المذكورة سارية المفعول في فلسطين ولأن القاعدة هي تقديم الخاص على العام عند التعارض فالحكم في فلسطين هو أن بيع العقار يحتاج للإجراءات الشكلية التي نصت عليها القوانين الخاصـة حتـى يكون البيع صحيحا.

لو أجبنا على هذا السؤال بالنفي، لكان موقف المشرع المصري أفضـل مـن موقـف المشرعين الأردني والعراقي، لأن القول بجعل بيع العقار شكليا فيه فرصة لمن يريد التخلف عن تنفيذ التزاماته لمجرد ارتفاع سعر العقار مثلا بعد التوقيع على عقد البيـع، لهـذا فـإن القـول برضائية البيع العقاري – كما هو موقف المشرع المصري- فيه استقرار للمعاملات، ولا يـدع مجالا للتهرب من تنفيذ الإلتزامات.

وإن موقف المشرع المصري وإن اشتبه مع موقف الفقه الإسلامي في مبدأ الرضائية في هذا النوع من البيوع، إلا أن المشرع المصري يحد من هذه الرضائية باشتراطه التسجيل لنقـل الملكية في البيوع العقارية، وهو ما لم يشترطه الفقه الإسلامي. ولكن البعض يـرى بـأن هـذا الحكم يمكن الأخذ به في الفقه الإسلامي على اعتبار أن هذا يدخل تحت السياسة الشرعية التـي يراها الإمام بالقيام بكل التصرفات التي تحقق مصلحة الناس. بجلب المنافع لهم ودفع الضـرر عنهم، ويستند هذا الرأي إلى القاعدة الفقهية المنصوص عليها فـي المـادة (585) مـن مجلـة الأحكام العدلية حيث تقول "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" ولذلك قـرر الفقهـاء جواز تقييد بعض التصرفات في العقود للمصلحة كالتسجيل وغيره[1].

ونحن نقدر قيمة هذا الرأي ونؤيد جعل البيع العقاري عقدا رضائيا معلقة نقل الملكية فيه على الإشهارأو التسجيل في الدوائر المختصة، وفي ذلك نوازن بين مصالح الناس القائمة علـى مبدأ الرضائية من جهة وبين المصلحة العامة التي تتطلب حفظ العقارات والأراضي الإسـلامية من التسرب من ناحية أخرى.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير

سوف نبحث في الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في القانون الوضعي أولا، ومن ثم في الفقه الإسلامي، وبعد ذلك نجري مقارنة بين موقف القانون والفقه من هذه المسألة.

(1) الزحيلي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص220-221.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في القانون الوضعي

تبين لنا في المبحث السابق، مدى الاختلاف في المواقف القانونية من مسألة بيع العقار، فهناك من القوانين من اعتبر هذا البيع رضائيا مع تراخي نقل الملكية إلى مـا بعـد التسـجيل، وهناك من اعتبر هذا البيع شكليا، وبالتالي تخلف الشكل فيه يؤدي إلى بطلانه.

ولكن هل الاختلاف في هذا التكييف لبيع العقار، يؤدي إلى اختلاف الطبيعـة القانونيـة لبيع عقار الغير في ظل القوانين الوضعية؟

لمعرفة هذه الحقيقة، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول نبحث عن التكييـف القانوني لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل برضائية البيع العقاري، وفي الفرع الثاني نبحـث في التكييف القانوني لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل بشكلية البيع العقاري.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل برضائية البيع العقاري

سبق أن بينا، حتى نكون أمام بيع لملك الغير، لا بد أن نكون بصدد عقـد بيـع ناقـل للملكية، ولما كان بيع العقار حسب هذا الاتجاه لا يؤدي إلى نقل الملكية العقارية مباشرة، وإنمـا لا بد من إجراء التسجيل، اختلف فقهاء هذا الاتجاه في حكم بيع عقار الغير في ثلاثة آراء.

الرأي الأول يقول: بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل.

الرأي الثاني يقول: بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل وبعده.

الرأي الثالث: يقول بأن بيع عقار الغير قابل للإبطال بنص القانون.

والآن نتناول هذه الآراء الثلاثة بالتفصيل.

أولا: بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل:

يفرق هذا الرأي في الحكم، بين بيع عقار الغير قبل تسجيله وبين بيع عقار الغيـر بعـد تسجيله، وجعل الحكم قبل التسجيل الصحة وبعد التسجيل البطلان[1].

ويعلل صاحب الرأي وجهة نظره، في أن البيوع العقارية قبل تسجيلها، لا تكون ناقلـة للملكية بذاتها وإنما يلزم لهذا الأمر التسجيل، وبالتالي لا يصح القول بأن بيع عقار الغير باطـل قبل التسجيل، ذلك أن بيع ملك الغير حتى نكون بصدده، لا بد أن نكون بصدد عقد بيـع ناقـل للملك والحال ليس كذلك.

أما بعد تسجيل هذا البيع العقاري، فإن هذا البيع يصبح ناقلا للملك، وبالتالي نكون إذا ما باع شخص عقار غيره أمام بيع لعقار الغير ينطبق عليه النص الخاص فيه والذي يقرر بطـلان هذا البيع.

ولقد رد القضاء المصري على هذا الرأي، في أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلـى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه[2] وبالتالي فإن بيع عقار الغير يقع باطلا ولا يترتـب على تسجيله تصحيح البطلان ولا يترتب عليه أثر في نقل الملكية من البائع إلى المشتري.

كما وجاء في نقد هذا الرأي في المذكرة الإيضاحية للقانون المـدني المصـري مـا قولـه "إن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، فلو كان بيع عقار الغير صـحيحا قبـل التسجيل فإنه ينبغي أن يستمر صحيحا بعده"[3].

نخلص مما تقدم إلى عدم صحة هذا الرأي، إذ أن القانون المصري لم يجعل للتسـجيل قوة تصحيح العقود الباطلة ولا قوة إبطال العقود الصحيحة.

---

(1) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 346، 347، ص203- 205.

(2) نقد مدني1968/4/18 طعن رقم 189 سنة 33 ق. راجع القرار من خلال: طلبة، أنور: **عقد البيع في ضوء قضـاء النقض**، د.ط، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د.ت، ص293. وفي هذا الرأي أيضا: السـنهوري، الوسـيط، ج4، فقرة 159، ص286. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 306، ص726.

(3) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج4، ص193.

ثانيا: بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده.

يرى البعض بأن بيع ملك الغير حتى يأخذ حكم البطلان المنصوص عليه في القانون، لا بد من انتقال الملكية فيه مباشرة، وهذا أمر غير متحقق في بيع ملك الغير، واستنادا إلى قـانون التسجيل الذي يؤكد على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل، فإن بيع عقار الغير بموجب هذا الرأي يقع صحيحا قبل التسجيل وبعده، لانتفاء علة البطلان(1).

وانتقد هذا الرأي على أساس أن إرادة العاقدين قد تتجه إلى نقل الملكيـة حـالا، ولكـن لسبب خارج عن إرادتهما لا تنتقل، وهو ما يحصل في البيع غير المسجل، إذ أن إرادة الأطراف اتجهت إلى نقل الملكية في الحال، إلا أن التسجيل يقف حائلا أمام تحقيق رغبـة هـذه الإرادة، ومن ثم فإن علة البطلان – وهو قصد نقل الملكية حالا – تظل متوافرة بخصوص بيـع ملـك الغير قبل التسجيل، ومن ثم يكون البيع قابلا للإبطال(2).

ثالثا: بيع عقار الغير قابلا للإبطال بنص القانون.

لم يبق أمام الفقهاء الذين انتقدوا الآراء السابقة سوى الاستعانة بحكم بيـع ملـك الغيـر المنصوص عليه في المادة (1/466) من القانون المدني المصري وتطبيقه على بيع عقار الغير، ليكون هذا البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري، سواء قبل التسجيل أم بعده(3).

وحجة هذا الرأي، أن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة بيع ملك الغير، إذ لا زال البيع ناقلا للملكية، وإن كانت هذه الملكية تتراخى إلى أن يتم التسجيل، وبالتالي يجب القول بـبطلان بيع ملك الغير لمصلحة المشتري سواء قبل تسجيل العقد أو بعد تسجيله.

وهذا الرأي هو الأرجح، لأنه منذ أن بدأنا الكتابة، قلنا بأن عقد البيع ناقل للملكية في حد ذاته، والاستثناءات التي جاءت عليه لا تقوى على تغيير طبيعته، وبالتالي ولأن حكم بيع ملـك

---

(1) بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص560.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 159، ص278.

(3) السنهوري، المرجع السابق. مرقس، الوافي، ج3، فقـرة 306، ص726. سـلطان، العقـود المسـماة، فقـرة 309، ص326.

الغير هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري يبقى الحكم كذلك في حالة بيع عقار الغير قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري. في هذا الحكم فقط تتوافر الشروط التي تطلبها القانون لتطبيق حكم بيع ملك الغير على بيع عقار الغير، وهذه الشروط هي كما مرت معنا ثلاثة، الشرط الأول هو أن نكون بصدد عقد بيع ناقل للملكية، وهذا ينطبق على البيع العقاري وإن تراخى انتقال الملكية إلى ما بعد التسجيل. والشرط الثاني هو أن يكون المبيع شيئا معينا بالذات والعقار ينطبق عليه هذا الوصف. والشرط الثالث هو أن لا يكون البائع مالكا للمبيع بتاريخ التعاقد، وهذا شرط جوهري بدونه لا نكون أمام بيع لملك الغير عقارا كان أم منقولا.

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني موقفه مختلف تماما عن موقف القانون المدني المصري، ويعود هذا الاختلاف إلى عودة المشرع اللبناني إلى قوانينه وقراراته الخاصة بالعقارات وتناغمه معها. حيث أشارت المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني إلى ضرورة مراعاة أحكام القرار رقم (188) لسنة 1926[1].

وبالعودة إلى أحكام هذا القرار وبالتحديد نص المادة (13) نجد أنه ينبغي التفريق بين حالتين هما: حالة حسن نية المشتري وسوء نيته، ففي الحالة الأولى إذا كان تصرف المشتري مستند إلى قيود وبيانات السجل العقاري التي كان البائع مقيدا فيها على أنه هو المالك للعقار، أقر في مكتسبه. أما في الحالة الثانية وهو عارف أنها غير مملوكة للبائع وأن البائع قد قام بمسح العقار على اسمه دون حق كان للمالك الحقيقي أن يسترد العقار من تحت يده[2].

---

(1) تنص الفقرة الأخيرة من المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على " كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم 188 الصادر من المفوض السامي بتاريخ 15 آذار سنة 1926.

(2) تنص المادة (13) من القرار رقم (188) لسنة 1926 على أنه " كل من اكتسب حقا في مال غير منقول مستندا في ذلك إلى قيود وبيانات السجل العقاري، أقر في مكتسبه. ولا تسري عليه أسباب نزع هذا الحق الناشئة عن الدعاوى المقامة وفقا لأحكام المادة 31 من القرار 186 المؤرخ في 15 آذار سنة 1926 والمادة 17 من القرار الحالي، ولا يمكن للأحكام المنبثقة من هذه الدعاوى أن تقرر إلغاء الحق المكتسب والمقيد حسب الأصول " واضح من نص هذه المادة مدى قوة قيود السجل العقاري في الإثبات. أنظر في توضيح موقف المشرع اللبناني من هذه المسألة: سلطان، العقود المسماة، فقرة 309، ص326-327.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير حسب الاتجاه القائل بشكلية بيع العقار

مر معنا الموقف القانوني في الأردن والعراق وفلسطين وهو جعل عقد بيع العقار عقـدا شكليا، ورتبوا على تخلف هذه الشكلية بطلان العقد. وحكم بيع ملك الغير في هذه القوانين هـو توقف العقد على إجازة المالك، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل.

من هذان القولان، يتضح لنا مدى التعارض الذي وقعت فيه هذه القوانين، فبينمـا كـان الحكم في بيع ملك الغير حسب القوانين المذكورة هو تطبيق النص الوارد في القـانون المـدني وهو توقف آثار البيع على إرادة المالك، كان الحكم في بيع عقار الغير حسب القوانين الخاصـة لهذه التشريعات هو بطلان كل بيع يتم خارج دائرة التسجيل. وبهذا تكون القوانين المذكورة قـد فرقت في الحكم بين بيع المنقول وبيع العقار واشترطت في الأخير إجراءات شكلية لم تشترطها في الأول.

وبهذا المعنى، يكون بيع عقار الغير باطلا في الأردن والعـراق وفلسـطين، لأن مـن شروط بيع ملك الغير، أن نكون أمام بيع ناقل للملكية مباشرة، وهو ما لا يتوافر في عقـد بيـع العقار، لأن بيع العقار بموجب القوانين المذكورة باطل ما لم يسجل في دائرة التسجيل.

وبهذا نرى بطلان بيع عقار الغير وفقا للاتجاه الذي نادى بشكلية بيع العقار وهـو مـا يتنافى مع الحكم الخاص ببيع ملك الغير حسب هذا الاتجاه أيضا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي لم يفرق في الحكم بين بيع المنقول وبيع العقار، إذ متى أبـرم العقـد صحيحا ترتب عليه حكمه الأصلي، وهو ثبوت ملك المبيع للمشتري وملك البـائع للـثمن فـي الحال، وهذا هو ما نصت عليه المادة (369) من مجلة الأحكام العدلية والمادة (74) من مرشـد الحيران[1].

(1) راجع ص 94 من هذا البحث.

وبما أن حكم العقار يأخذ حكم المنقول، وبما أن الحكم هو صحة البيع دون ضرورة توافر شكل معين لصحة البيع، وبما أن بيع ملك الغير ينعقد موقوفا في الفقه الإسلامي على إجازة المالـك، فإن بيع عقار الغير هو الآخر ينعقد موقوفا على إجازة المالك، إن أجازه نفـذ وإن لـم يجـزه بطل[1].

المطلب الثالث: المقارنة بين الطبيعة القانونية والفقهية لبيع عقار الغير

إن إجراء المقارنة بين الموقف القانوني وموقف الفقه الإسلامي من مسألة بيـع عقـار الغير تقتضي منا أن نقارن أولا بين موقف القوانين الآخذة بمبدأ رضائية بيع العقار مع موقـف الفقه الإسلامي، ومن ثم نقارن بين موقف القوانين الآخذة بمبدأ شكلية بيع العقار مع موقف الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: المقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وبين موقف القوانين الآخذة بمبدأ الرضائية

إن بيع عقار الغير حسب القانون المدني المصري هو بيـع قابـل للإبطـال لمصـلحة المشتري من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة أخرى.

وبيع عقار الغير حسب اتجاه غالب في الفقه الإسلامي هو بيع موقـوف علـى إجـازة المالك، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل.

ووجه المقارنة بين الموقفين يتجلى في اتحاد كل منهما فـي حكمـه بالنسـبة للمسـألة الواحدة. بمعنى أن القانون المصري جعل من العقد قابلا للإبطال سواء تعلق الأمـر أو العقـد بمنقول أو عقار وهو ما فعله الفقه الإسلامي إذ جعل الحكم واحد في المنقول والعقار وهو وقف آثار العقد على إجازة المالك. ولكن في المقابل هناك اختلاف كبير في الحكم بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، وهو ما أوضحناه في موضع سابق من الرسالة.

---

(1) راجع من هذه الرسالة ص78. ولا ننسى رأي الفقهاء الذين نادوا بفكرة بطلان بيع الفضولي، إذ أن الفقه الإسلامي لا يفرق في الحكم بين العقار والمنقول فكلاهما أموال، ومن ثم يقع بيع عقار الغير حسب وجهة النظر هذه باطلا أسوة ببيـع الفضولي أموال منقولة. وقد كان لنا على هذا الموقف انتقادات أنظرها في ص 82-83 من هذه الرسالة.

وقد سبق أن أيدنا، تعليق انتقال الملكية العقارية على تسجيلها في دائرة التسجيل، وقلنا بأن الفقه الإسلامي وإن اعتبر البيع ناقلا للملكية بحكمه سواء وقع على عقارا أو منقول إلا أنه لا مشـكلة في تعليق انتقال الملكية على التسجيل؟ ولكن لو طبق هذا الحكم في الفقه الإسلامي هـل يتغيـر الحكم في ظله؟

لا نعتقد ذلك، وأكبر دليل هو أن الحكم في القانون المصري لم يتغير، علما أن القـانون المصري – كما مر معنا – علق انتقال الملكية العقارية على التسجيل، حيث بقى الحكم كما هو، أي يبقى العقد قابلا للإبطال، سواء وقع البيع على منقول أو عقار، وسواء كان العقار قد سـجل أو لم يسجل. لأن التسجيل في نظرنا لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضـائية اللهـم أن انتقـال الملكية يتراخى إلى حدوث التسجيل. بمعنى أن التسجيل يقتصر دوره علـى توثيـق الحقـوق العقارية.

الفرع الثاني: المقارنة بين موقف الفقه وبين موقف القوانين الآخذة بمبدأ الشكلية

إن القوانين التي أخذت بمبدأ الشكلية في انعقاد البيع العقاري هي للأسف القوانين التـي استمدت معظم أحكامها من الفقه الإسلامي، كالقانونين الأردني والعراقي[1] وهما من خالفا الفقه الإسلامي في مسألة بيع العقار.

وعلى أي حال فإن القول بانعقاد بيع عقار الغير موقوفا أفضل من القول بـبطلان بيـع عقار الغير كما هو في القانونين الأردني والعراقي للأسباب التالية:

أولا: إن القول ببطلان بيع عقار الغير يخالف ما جاء به الفقه الإسلامي، هذا الفقه الـذي يعـد المصدر الرئيسي للقانونين العراقي والأردني.

---

(1) وكذلك القوانين الفلسطينية الخاصة بالعقار، إلا أننا في هذا المجال ننتقد القانونين الأردني والعراقي فقط لأنه كما سبق أن قلنا أن القوانين الفلسطينية منها ما هو صادر زمن الدولة العثمانية، ومنها ما صدر زمن الإنجليز، ومنهـا فـي زمـن الأردن، فمن الطبيعي أن لا يكون هناك تناسق وتناغم في أحكامها لأن السياسة التشريعية في كل مرحلـة مختلفـة فـي أهدافها.

ثانيا: إن القول بتوقف أثر بيع عقار الغير على إجازة المالك، فيه من التعـاون والتسـاهل فـي المعاملات بين الناس، ما يفوق فكرة القول بالبطلان، التي تجعل العقد بمثابـة العـدم، والعـدم يهمل، وهو ما يؤدي إلى إهمال كلام العقلاء.

ثالثا: في فكرة العقد الموقوف ما يغنينا عن القول بـالبطلان، لأن العقـد الموقـوف وإن كـان صحيحا، إلا أنه قد يبطل من جانب من تقرر الإبطال لمصلحته، وبالتالي لسنا بحاجة إلى القول ببطلان بيع عقار الغير، ما دام بإمكاننا الوصول إلى هذه النتيجة بطريقة مرنة تسمح لنا بالتوقف عند خيارين واختيار الأفضل منهما، وهما الصحة والبطلان.

رابعا: إن القول بتوقف آثار عقد بيع عقار الغير في كل من القانونين العراقي والأردني، يجعـل هذين القانونين في توافق بين أحكامها، ليكون الحكم واحد سواء وقع البيع على عقار أو منقـول يكون الحكم هو وقف آثار العقد على إجازة المالك.

لهذه الأسباب جميعا نرى بأن موقف المشرعين العراقي والأردني من مسألة بيع العقار رأي معيب، وكان بإمكان القانونين المذكورين العدول عن هذا الموقف بالرغم من تعليق انتقـال الملكية العقارية على التسجيل وجعل حكم بيع عقار الغير كما هو حكم بيع ملك الغير أي وقـف آثار البيع على إجازة المالك. وبذلك فقط تتحقق وحدة الحكم بـين العقـار والمنقـول، ويسـود الاستقرار في المعاملات، وتتحقق في نفس الوقت حماية المتعاقدين التي يهدف لها القانون فـي حالة بيع ملك الغير.

ويؤيد الأستاذ الدكتور أمين دواس الاتجاه المنادي بشكلية البيـوع العقاريـة، ذلـك أن تسجيل العقارات في دائرة الطابو من شأنه أن يوفر الضمانة الكافية لحفظ الحقوق من الضـياع، إضافة إلى أنه يرى بما أن حكم عقد البيع انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد وأن البيع العقاري لا يهدف إلى هذا الحكم فإنه لا فائدة من هذه الرضائية.

مع تقديرنا لرأي أستاذنا الكبير إلا أنني كنت في الوجهة الثانية – كمـا مـر سـابقا – وأرى بأن البيع العقاري رغم رضائيته إلا أن اشتراط التسجيل لنقل الملكية، فيه من الحماية مـا يكفي لتبرير موقفنا، وفيه ما يسهل التعاملات بين الناس.

الفصل الرابع

أحكام بيع ملك الغير

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال

المطلب الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض

المطلب الثالث: تصحيح بيع ملك الغير

المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الإجازة والإقرار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المطلب الثاني: عدم إقرار المالك للبيع

المطلب الثالث: إقرار المالك للبيع

المبحث الثالث: أحكام بيع ملك الغير في حالة البيوع المتتالية

الفصل الرابع

أحكام بيع ملك الغير

المبحث الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

إن المقصود في المتعاقدين في نطاق بيع ملك الغير هما المشتري والبائع، والقانون الوضعي قد أعطى المشتري الحق في إبطال البيع، إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض متى ثبت له ذلك، وبما أن المشتري يملك بنص القانون الحق في إبطال البيع فإنه يملك حتما الحق في تصحيح هذا البيع لينتج آثاره العادية الكاملة.

وسنبحث أولا في قابلية بيع ملك الغير للإبطال، وثانيا ما يترتب على ذلك من تعويض، وثالثا حالة تصحيح بيع ملك الغير.

المطلب الأول: قابلية بيع ملك الغير للإبطال

مر معنا في أكثر من موضع في الرسالة، أن المشتري وحده هو الذي يملك إبطال بيع ملك الغير، وهو ما نتأكد من صحته في الفرع الأول من هذا المطلب، لأن آراء أخرى نادت بحق البائع بالمطالبة بإبطال البيع، فلا بد من دراسة هذه الآراء في الفرع الثاني حتى يتبين لنا مدى صحتها، وبعد ذلك نخصص الفرع الثالث للفقه الإسلامي لرؤية موقفه من مسألة إبطال البيع.

الفرع الأول: إبطال البيع من حق المشتري وحده

يتجه الرأي الغالب في الفقه المصري[1] إلى قصر طلب إبطال بيع ملك الغير على المشتري وحده دون البائع. ويستند هذا الفقه في رأيه على المادة (468) من القانون المدني

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 161، ص290. خضر، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 173، ص273. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 304، ص331. مرقس، الوافي، ج3، فقرة 293، ص704. مرقس، إمام: عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، فقرة 270، ص450. العطار، عبد الناصر توفيق: **البداية في شرح أحكام البيع**، د.ط، د.ن، د.ت، فقرة 50، ص106. مرسي، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 233، ص444.

المصري التي تنص على أنه "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

فهذه المادة أعطت المشتري حق المطالبة بالتعويض إذا حكم له بإبطال البيع، متى كـان حسن النية، أي أنه يجهل ملكية المبيع للبائع، وبمفهوم المخالفة لا يستحق التعـويض المشـتري سيء النية، الذي كان يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع ولكنه بالرغم من ذلك أبرم العقد، ولكن يبقى من حقه المطالبة في إبطال البيع.

كما ويجوز للمشتري طلب إبطال البيع ولو كان البائع حسن النية، وهـذا يسـتفاد مـن مفهوم المخالفة للنص السابق، إذ أنه بموجب هذا النص يكون للمشتري حسن النية الذي يجهـل ملكية البائع للمبيع المطالبة بالتعويض حتى ولو كان هذا البائع هو الآخر حسن النية، فحسـن أو سوء نية البائع لا تأثير لها على حق المشتري في طلب الإبطال[1].

والسبب في قصر طلب الإبطال على المشتري يرجع إلى الضرر الذي يلحق بـه مـن جراء عدم انتقال الملكية إليه. أما البائع فهو في مأمن من أي ضرر، لأنه هو الـذي يجـب أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه، فإذا كان عالما بأنه غير مالك، فهو مخطئ إذا باع ما لا يملك، أما إذا كان يجهل بعدم ملكيته، فهو أيضا مخطئ لأنه كان يجب عليـه أن يعلـم، ولا يجوز له الاستناد إلى خطئه في كلتا الحالتين. فالبائع لا يتضرر من شـيء وبالتـالي لا محـل لحمايته عن طريق منحه الحق في إبطال البيع[2].

كما أن قواعد الضمان، لا تجيز للبائع طلب إبطال البيع، ولا تجيز له استرداد الشـيء المبيع بحجة التزامه بردها إلى مالكها، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع، لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض[3].

---

(1) خضر، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 173، ص272. مرقس، إمام: عقد البيع في التقنين المـدني الجديد، مرجع سابق، فقرة 269، ص449.

(2) مرقس، الوافي، ج3، فقرة 293، ص704.

(3) مرقس، الوافي، ج3، فقرة 291، ص699.

الفرع الثاني: إبطال البيع من حق البائع والمشتري

وذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بجواز مطالبة البائع بإبطال بيع ملك الغير على أساس القواعد العامة في الغلط، متى كان هذا البائع قد وقع في غلط جوهري، وكان هذا الغلط هو الدافع له إلى التعاقد، بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد. أي أنه متى توافرت شروط الغلط المنصوص عليها في المادة (120) من القانون المدني المصري يكون من حق البائع المطالبة بإبطال بيع ملك الغير على أساس هذه المادة لا على أساس بيع ملك الغير. وحتى ينطبق هذا القول لا بد من الاشتراك في الغلط بين البائع والمشتري، بأن يكون المشتري يعلم بوقوع البائع بالغلط، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك[1].

وقد أخذ على هذا الرأي أنه يخالف ما يفهم من نص المادة (468) من القانون المدني المصري والتي جعلت طلب الإبطال من حق المشتري وحده[2].

وأرى ترجيح الرأي الذي يقصر الإبطال لمصلحة المشتري وحده دون البائع، لأنه من غير الجائز الرجوع إلى القواعد العامة في حال وجود الحكم في القواعد الخاصة، لأن الخاص يقيد العام. وقولهم إن المشرع لم ينص في الحكم الخاص ببيع ملك الغير على حرمان البائع من المطالبة بإبطال البيع، فيه ما يعني جواز الرجوع إلى القواعد العامة. يمكن أن نرد عليه بأن المشرع عندما وضع الحكم الخاص ببيع ملك الغير، افترض فهمنا لفكرة العقد القابل للإبطال حسب المادة (138) من القانون المدني المصري والتي بموجبها يحرم أحد المتعاقدين طلب الإبطال إذا كان القانون قد جعله للطرف الآخر. وفي بيع ملك الغير يحرم على البائع هذا الحق لأنه منح المشتري بموجب الحكم الخاص ببيع ملك الغير.

---

(1) بهذا الرأي: غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص25. تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 92، ص287. منصور، البيع والإيجار والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 114، ص248. البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 346، ص215. وهناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن البائع صاحب حق كالمشتري تماما في طلب إبطال البيع، أي حتى ولو كان البائع سيء النية وقت البيع، على شرط أن يطلب الإبطال قبل تسليم المبيع للمشتري، أما إذا كان قد سلم المبيع للمشتري فلا يجوز له طلب استرداده، لأن طلب الاسترداد لا يقبل إلا من المالك الحقيقي، فهو الذي يكون له وحده حق رفع دعوى الاستحقاق واسترداد المبيع. راجع هذا الرأي من خلال: البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع السابق، فقرة 362، ص213.

(2) خضر، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 173، ص273.

إذ لو نص على عدم جواز تمسك البائع ببطلان بيع ملك الغير، كما فعل قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (385) منه، لكان هذا الأمر منتقد، إذ في فكرة البطلان النسبي المقرر لمصلحة المشتري ما يغني عن النص على حرمان البائع من التمسك في هذا البطلان[1].

وبعد أن ثبت هذا الحق للمشتري، فيكون بإمكانه المطالبة به عن طريق دعوى أصلية يرفعها على البائع، أو عن طريق دفع دعوى البائع التي يطالب بها المشتري بالثمن[2].

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال، تحتم على القاضي أن يحكم به، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع، أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم، لأن دعوى المشتري سبقت إقرار المالك الحقيقي وكانت قبل أن يصبح البائع مالكا، لأن القاضي يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وهو الوقت الذي كان البيع فيه قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع[3].

---

(1) أنظر قرار لمحكمة النقض المصرية، الطعن رقم 243 لسنة 38 ق – جلسة 4-1-1963- س 14. مشار إليه لدى: محمد، خلف: عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، ص579. وقد جاء في هذا القرار: " إن بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم يكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطالب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته...". وراجع أيضا من نفس المصدر: الطعن رقم 1576 جلسة 30-11-1988. وأنظر بنفس المعنى الطعن رقم 2373 لسنة 59 ق جلسة 9-1-1994.

(2) سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 311، ص328. العطار، البداية في شرح أحكام البيع، مرجع سابق، فقرة 50، ص103.

(3) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 161، ص289. ويرى الدكتور السنهوري " قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين، قد يتفق مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال، إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال. وهو ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني المصري. بينما يرى الدكتور محمد كامل مرسي بأن حق المشتري في طلب الإبطال حق مكتسب مادام كان سابقا على السبب الذي ترتب عليه استقرار الملكية له، ويكفي لاكتساب هذا الحق في نظره أن يكون المشتري قد أظهر إرادته في طلب البطلان بأي شكل، ويضيف بأنه يكفي إظهارها ولو برسالة من غير رفع الأمر إلى القضاء. مرسي، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 234، ص446. وأعتقد أن رأي الدكتور السنهوري الأصوب، ذلك أنه ما الفائدة من دعوى البطلان مع انتفاء المصلحة منها طالما أن المالك أقر البيع الوارد على ملكه أو أن البائع استطاع تخليص الملك لنفسه.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من مسألة إبطال البيع

إن الفقه الإسلامي على مذاهبه المختلفة متفق على رفض الأخذ بفكرة طلب الإبطال، وإنما أخذ بفكرة فسخ هذا البيع. ولكنهم اختلفوا في مسألة من له الحق في طلب فسخ بيع الفضولي.

فبالنسبة للحنفية، فهم يمنحون حق فسخ بيع الفضولي للمشتري والبائع، ولهم في هذا الحكم ما يبرره، فهم يمنحون المشتري هذا الحق، تحرزا من لزوم العقد في جانبه، لأن عقد الفضولي في نظرهم يبقى موقوفا مهما طالت المدة إلى أن يتدخل المالك الحقيقي بإجازة هذا البيع أو رفضه. وأمام هذه المدة التي قد تطول إلى أمد بعيد، منح الفقه الحنفي المشتري الحق في التخلص من هذا البيع. أما منحهم البائع حق التحلل من بيع الفضولي، ذلك حتى يتخلص من المسؤولية التي سوف تلحق به إذا أجاز المالك الحقيقي البيع، لأن الفضولي بعد الإجازة يعد بمثابة الوكيل الملتزم بحقوق العقد التبعية، فيطالب بالتسليم، ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته، أما المالك الحقيقي فله إجازة هذا البيع فينفذ في حقه، وله رده ويسقط البيع[1].

وقد تأثر القانون المدني الأردني بالفقه الحنفي في مسألة عدم تحديد مدة لعقد الفضولي ينفذ خلالها أو يبطل، ذلك أن النصوص الخاصة ببيع ملك الغير جاءت خالية من تحديد مدة معينة لهذا العقد. ولكن من ناحية أخرى نجد أن المشرع الأردني خالف الفقه الحنفي في مسألة حق البائع في فسخ البيع، ذلك أن نصوص المواد (550-551) من القانون المدني الأردني قصرت طلب الفسخ على المشتري وحده دون البائع.

أما المالكية فهم يجعلون بيع الفضولي لازم في جهة كل من البائع والمشتري، وغير لازم في جهة المالك. ويفرقون في الحكم بالنسبة للمالك بين حالتين، الحالة الأولى وهي حالة

---

(1) جاء في البدائع " ولو فسخه البائع قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم...وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ.." الكاساني، البدائع، ج6، ص581. راجع كذلك ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج5، مرجع سابق، ص116. وابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص312.

حضور المالك العقد، فإن حضر المالك وسكت فهو يعتبر مجيزا للعقد وكان من حقـه مطالبـة البائع بالثمن خلال عام من العقد وإلا سقط حقه، أما الحالة الثانية وهي حالة إبـرام العقـد دون حضرة المالك، ففي هذه الحالة يكون أمام المالك عام واحد يبدأ من وقت البيع ليقرر فيه إجـازة العقد أو رفضه، فإذا لم يقرر خلال هذا العام وبقي ساكتا يفسر سكوته على أنه إجـازة للعقـد، ويبقى له الحق بمطالبة البائع بالثمن خلال عشرة أعوام من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هـذه المدة سقط حقه[1].

ويبدو أن المشرع العراقي قد تأثر بالفقه المالكي من هذه الناحية، فقرر في الفقرة الثانية من المادة (136) من قانونه المدني، أن خيار الإجازة من عدمه يجب أن يستعمل خـلال مـدة ثلاثة أشهر وإلا اعتبر العقد نافذا.

وموقف المشرع العراقي هذا يخالف موقف المشرع الأردني الذي ترك هذه الحالة دون نص كما سبق وقلنا. وبالتالي فإن الحل في القانون الأردني هو ترك العقد موقوفا علـى إجـازة المالك مهما طالت المدة. ولكن أي الرأيين أفضل؟ موقف القانون الأردني المتأثر بالفقه الحنفـي أم موقف القانون العراقي المتأثر بالفقه المالكي؟

يرى البعض، أن رأي الحنفية هو الراجح، لأن في هذا الرأي ما يحقق الحماية لكل من الفضولي والمشتري والمالك، هذه الحماية تتمثل في عدم لزوم العقد في حق المشتري، وتحلـل البائع من الإلتزامات التي عليه قبل إجازة العقد، وعدم خروج الملك من صاحبه دون رضـاه[2] إلا أنني أرى بأن موقف الفقه المالكي هو الآخر فيه ما يحقق هذه الحماية، لأن عقـد الفضـولي وإن كان موقوفا، إلا أن مدة وقفه لا تتجاوز العام، إذ في خلال هذه المدة يجب أن يقرر المالـك موقفه من العقد، إن أجازه نفذ البيع في حق الجميع، وفي هـذا القـول مصـلحة للجميـع، لأن الفضولي هو من تفضل بهذا التصرف والمشتري قبل هذا التفضل لرغبته فيه، وبما أن المالـك

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص12.

(2) عبد الرزاق حسن فرج، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص189. ويؤيد وجهة النظر هذه: جمعـة، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص255- 256.

بارك فيه فلا ضير من ذلك. أما إن رفضه فهو وحده من يكون المتضرر من هذا البيع وله في خلال أقل من عام إبطاله.

لهذا أرى أن كلا من الرأيين له ما يبرره من حيث القوة والمنطق وتحقيق العدل، وإن كنت أميل إلى رأي المالكية أكثر.

المطلب الثاني: حق المشتري في المطالبة بالتعويض

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول نبحث في مفهوم حق المشتري بالتعويض حسب القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني نبحث في مصدر حق المشتري بالتعويض حسب القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم حق المشتري بالتعويض

أولا: مفهوم حق المشتري بالتعويض حسب القانون الوضعي:

إن سوء نية المشتري أو حسن نيته يلعب دورا هاما في استحقاقه للتعويض، بل إن هناك من القوانين من ينظر إلى حسن أو سوء نية البائع، وعلى أساسه يتحدد مقدار التعويض.

فإذا كان المشتري حسن النية، أي جاهلا بملكية المبيع للغير وقت العقد، فله أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر وما فاته من كسب[1]. ويستفاد هذا الحكم من نص المادة (468) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية"[2].

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 162، ص291.

(2) واضح من نص المادة (468) أن الحكم بالتعويض للمشتري لا يكون إلا بعد الحكم ببطلان بيع ملك الغير.

أما إذا كان المشتري سيء النية، أي يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع، فيكون له إبطال البيع واسترداد الثمن، دون استحقاق أي تعويض، لأنه يتحمل خطأ أعماله، فهو من أقدم على الشراء من غير المالك[1].

أما بالنسبة لأثر حسن أو سوء نية البائع على التعويض المستحق للمشتري، فالمادة (468) من القانون المدني المصري، تعطي الحق في التعويض للمشتري حتى لو كان البائع حسن النية[2].

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (385) منه على أنه "إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالما بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك" فالقانون اللبناني يشترط لاستحقاق التعويض للمشتري أن يكون البائع سيء النية وهو ما لم يشترطه القانون المصري كما رأينا.

ثانيا: مفهوم حق المشتري بالتعويض حسب الفقه الإسلامي:

يفرق الفقهاء المسلمون في مسألة التعويضات المستحقة للمشتري من الفضولي بين حالتين، حالة علم المشتري بالفضالة، وحالة جهله بقيامها.

فإذا كان المشتري يعلم بأن البائع فضولي غير مالك لما يبيع، فلا يجوز له الرجوع عليه بأكثر من الثمن الذي دفعه له، حتى وإن ألزم هذا المشتري بدفع بعض التعويضات للمالك نتيجة هلاك المبيع أو منافعه تحت يده، لأنه بسوء نيته يكون في مركز الغاصب، فيستقر الضمان

(1) الطعن رقم 193 لسنة 34 جلسة 1967/8/15. سنة 18 من خلال محمد، السيد خلف، مرجع سابق، ص 595. ويرى الدكتور أنور سلطان: بأنه وإن كان ليس للمشتري سيء النية الرجوع على البائع بالتعويض، إلا أنه من الممكن الاتفاق على عكس ذلك، ويأخذ هذا الاتفاق حكم شرط التشديد في أحكام الضمان. و لا أتفق مع هذا الرأي لتعارضه مع نص المادة (468) من القانون المدني المصري، فهذا النص صريح في قصر حق التعويض على المشتري في حالة حسن النية، أما حالة سوء النية فإنها تخرج قانونا من التعويض، ومن باب أولى فإنه لا يجوز الاتفاق على خلاف القانون، لأن هذا النص جاء ليحارب سوء النية أو الغش، فلا يجوز الاتفاق على خلافه. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 313، ص330.

(2) طعن رقم 345 لسنة 39 ق جلسة 1964/6/11. س 15. من خلال: محمد، السيد خلف: عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص595.

عليه[1] وبهذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في اشـتراط حسـن النيـة لاسـتحقاق التعويض كما سنرى.

ويرى بعض الحنفية أن المشتري إن كان يعلم أنه يشتري من فضولي وقت أداء الـثمن فإن هذا الثمن يكون أمانة في يد الفضولي، يسترده إن كان باقيا، ولا يطالب به إن هلك[2] ويرى غالبية الحنفية أن المشتري يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه له، لأن البائع في هذه الحالة يعد في مركز الغاصب الذي أخذ شيء بغير حق[3].

أما المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] يعطون المشتري حق المطالبة بالثمن، سواء كان هذا الثمن باقيا أو هالكا، وسواء كان المشتري يعلم بأنه يتعامل مع فضولي أو كان يجهل ذلك.

أما المشتري الذي يجهل بقيام الفضالة، أي المشتري حسن النية، فقد انقسم الفقهاء فـي حكمه إلى قسمين:

فالحنفية والمالكية لا يجعلون من حقه الرجوع على الفضولي لمطالبته بالتعويض عـن الزيادة التي دفعها للمالك، سواء كانت هذه الزيادة تتمثل في قيمة العين[7] أو في النفع الذي عاد عليه منها[8]. أما الشافعية والحنابلة، فقد أعطوا المشتري حسن النية حق الرجوع على البائع بما دفعه للمالك زيادة عن قيمة العين المستردة إذا كانت هذه الزيادة مقابل منفعة لم يحصل عليهـا، أما إذا كانت الزيادة التي دفعها تقابل العين أو المنافع التي عادت على المشتري، فبعض الشافعية

---

(1) عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص259.

(2) ابن عابدين، رد المختار، ج5، ص114.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص581.

(4) الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص457.

(5) الزحيلي، نهاية المحتاج، ج5، ص191. من خلال الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص103.

(6) ابن رجب، القواعد، ص226 من خلال الألفي، المرجع السابق.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص582.

(8) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص113-114.

والحنابلة يرى أن له حق الرجوع على البائع، بينما يرى البعض الآخر من الشافعية والحنابلـة بأنه لا يحق له الرجوع على البائع لمطالبته بهذه الزيادة[1].

وتنص المادة (596) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو استعمل الضمانات أحد مـالا بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغصب لا يلزمه أداء منافعه ولكن إن كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزم ضمان المنفعة... وإن كان معدا للاستغلال يلزمه ضمان المنفعـة... مثلا لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة..." هذه المادة تفصح عـن موقف الفقه الحنفي الذي أخرج منافع المغصوب من الضمان إلا إن كان هذا المغصوب – كمـا يفهم من نص المادة – معدا للاستغلال أو مال وقف أو مال يتيم.

وموقف المجلة يختلف تماما عن موقف الشافعية الذي جعل منافع الأموال داخلـة فـي الضمان. ويرى علي حيدر أن موقف الشافعي في هذه المسألة يفضل موقف المتأخرين من فقهاء الحنفية. ويطالب بقبول موقف الشافعية في هذه المسألة ليستحق الضمان علـى عمـوم منـافع الأموال[2].

أما موقف التقنينات المتأثرة بالفقه الإسلامي، إضافة إلى مجلة الأحكام العدلية، نلخصها في موقف القانون المدني العراقي في المادة (135) التي تنص في فقرتها الثالثة والرابعة منهـا على أنه "3- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخـر قـد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به. فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدي منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.4- وإذا سـلم الفضـولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر".

---

(1) راجع موقف الشافعية والحنابلة في هذه المسألة من خلال: الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص105. ومن خلال عبـد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص262- 266.

(2) حيدر، درر الحكام، ج1، مرجع سابق، ص585. ويبدو لنا أن موقف الفقه الحنفي له ما يبرره من القواعد الفقهية التي يستند إليها مثل القاعدة التي تقول " الخراج بالضمان " المادة (85). وقاعدة "الأجر والضمان لا يجتمعـان" المـادة (86). فالمشتري يسترد ثمنه من الفضولي مقابل انتفاعه بالمبيع مدة بقاء المبيع لديه. فالخراج بالضمان، وكذلك الإنسان لا يـدفع الأجرة والضمان معا، فيضمن الإنسان قيمة الشيء إن تلف دون أجرة.

هذا النص يعني أن المشرع العراقي لم يتطرق نهائيا لمسـألة التعويضـات المسـتحقة للمشتري، وكل ما حكم به هو البدل الذي دفعه المشتري للفضولي، وكان حكمـه هـو رجـوع المشتري على الفضولي بقيمة هذا البدل إن هلك في يد الفضولي وذلك فقط في حالة حسن نيـة المشتري أي جهله بحالة الفضالة. أما في حالة علم المشتري بحالة الفضالة لا يرجع حتى فـي قيمة البدل التي أداها للفضولي إلا في حالة تعد وقع من هذا الأخير على المال. وبالتالي فإنه لا تعويض للمشتري في بيع الفضولي في القانون المدني العراقي، التعويض فقط في حالة هـلاك العين في يد المشتري يكون للمالك وله الخيار فيمن يضمن.

وهذا يدل أن المشرع العراقي تأثر في حكمه هذا، في موقف الفقه الحنفي الذي قصـر المطالبة على الثمن في حالة حسن نية المشتري دون التعويض عـن الزيـادة فـي المبيـع أو المنافع[1].

إذا يتبين مما سبق، بأن هناك من القوانين ما يتفق مع الفقه الشافعي والحنبلي في جعـل حق للمشتري في المطالبة بالتعويض في حالة حسن نية المشتري، وهذا هـو موقـف القـانون المدني المصري. وهناك من القوانين ما يتفق مع الفقه الحنفي الذي قصر حق المشـتري علـى الرجوع في الثمن على البائع في حالة حسن نية المشتري، أما إن كان هذا الأخير سيء النية لا يرجع على البائع إلا إن وقع من هذا الأخير تعد تسبب في هلاك الشيء. وهذا هو موقف القانون المدني العراقي.

ولكل من الموقفين ما يبرره، على خلاف موقف القانون اللبناني الذي ربط حسـن نيـة المشتري بسوء نية البائع حتى يستحق المشتري التعويض، فهذا الحكم لا نجد له ما يبـرره، إذ الأولى عندما نريد أن نعوض أن ننظر إلى حسن نية المشتري من دون النظر إلى سـوء نيـة

---

(1) ونفس الحكم يطبق في القانون المدني الأردني لعدم وجود نص في هذا القانون، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني الأردني تنص على تطبيق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون في حـال افتقـار القانون لنص يعالج مسألة من المسائل القانونية. كما هو الحال في المسألة التي نحن بصددها فنطبق عليها حكـم الحنفيـة الأقرب لموقف القانون الأردني.

البائع، لأن المشتري هو الأولى بالرعاية في حالة بيع ملك الغير، فعندما يكون جـاهلا بملكيـة المبيع للغير، يستوي في ذلك إن كان البائع حسن النية أو سيئها.

الفرع الثاني: مصدر التعويض المستحق للمشتري

أولا: مصدر التعويض المستحق للمشتري حسب القانون الوضعي

يرى جانب من الفقه بأن أساس التعويض المستحق للمشتري المسؤولية التقصـيرية، أي خطأ البائع سواء كان حسن النية أم سيئها[1]. فإذا كان سيئ النية اعتبر خطأه مقصـودا، وقـد يشكل جرم الاحتيال إذا توافرت شروطه، أما إذا كان المشتري حسن النية، فإن خطأه يكون غير مقصود، لعدم تثبته من ملكيته للمبيع قبل إقدامه على بيعه، على أن ذلك لا يعني تشـابه حكـم البائع حسن النية بالبائع سيء النية من حيث مدى التزامه بالتعويض. ذلك أن البائع حسن النية لا يلزم بتعويض الضرر غير المتوقع، خلاف البائع سيء النية، إذ يلزم بتعويض جميع الأضـرار سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس عدم إمكانية نسبة الخطأ التقصيري إلى البـائع حسـن النية، وبالتالي لا يمكن أن يقال بأن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر بذاته خطأ تقصيريا يوجب التعويض[2].

لهذا كان هناك جانب آخر من الفقه يفرق – في صدد البحث عن مصدر التعـويض – بين البائع حسن النية والبائع سيء النية. فجعل مصدر التعويض نظريـة الخطـأ فـي تكـوين العقد[3]عندما يكون البائع حسن النية. إذ لا يصلح العقد بعد إبطاله مصدرا للتعويض، ويرى هذا الفقه بجواز تحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد صحيح غير مسمى ينشئ التزاما في ذمـة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه.

---

(1) عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، فقرة 103، ص91.

(2) حسنين، محمد: **عقد البيع في القانون المدني الجزائري،** ط2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت، ص194.

(3) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 162، ص292- 293. غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص27.

وأرى ترجيح الرأي الثاني، إذ لا يعقل القول بأن مصدر التعويض في هذه الحالة هـو المسؤولية التقصيرية، هذه المسؤولية التي تفترض أن هناك خطأ قد حصل في جانـب البـائع، ونص المادة (468) من القانون المدني المصري صريح في أن التعويض يستحق للمشتري حتى لو كان البائع حسن النية، بمعنى حتى لو لم يقع في جانبه أي خطأ. لهذا فإنـه إن صـح جعـل المسؤولية التقصيرية مصدرا للتعويض المستحق للمشتري في حالة سوء نية البائع فإنه لا يصح جعل المسؤولية التقصيرية مصدرا للتعويض في حالة حسن نية البائع، وهذا السبب هـو الـذي جعل المشرع المصري يستند إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد لتكون هي المخرج الوحيد له[1] علما أن المشرع المصري كان قد رفض الأخذ بهذه النظرية كمبدأ عام[2].

ثانيا: مصدر التعويض المستحق للمشتري في الفقه الإسلامي

علم من الفرع السابق أن المشرع المصري جعل من المسؤولية التقصـيرية ونظريـة الخطأ في تكوين العقد مصدرين للتعويض المستحق للمشتري بعد إبطال بيع ملك الغيـر. ولأن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية الخطأ في تكوين العقد فإن أساس التعويض عنده سيكون مغايرا لما أخذ به الفقه المصري.

ورأينا أن الحكم في القانون العراقي هو المستقر عليه في الفقه الحنفي وهـو اسـترداد المشتري للثمن إذا كان حسن النية، أما إن كان سيء النية فلا يكون له استرداده إلا إذا وقع من البائع تعد.

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 162، ص292- 293. وأنظر كذلك: غانم، مذكرات في العقـود المسـماة، مرجـع سابق، ص27.

(2) وصاحب نظرية الخطأ في تكوين العقد الفقيه الألماني " اهرنج" والذي دعا إلى هذه النظرية عندما وجـد أن القـانون الروماني، الذي كان مطبقا في ألمانيا، لا يرتب على كل خطأ مسؤولية مدنية، إذ طبقا لقانون أكيليا* لا بـد مـن تـوافر شروط معينة للحكم بالتعويض، فنقب في نصوص القانون الروماني ووجد منها ما يقضي برجوع أحد المتعاقـدين علـى الآخر في العقد الباطل بموجب دعوى العقد ذاته. واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بـالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، فرسم مبدأ عاما بأن كل متعاقد تسبب، ولو بحسن نية، في إيجاد مظهر تعاقدي اطمئن إليه المتعاقـد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر مـا أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان عليها لو لم يتم التعاقد". راجع في شرح هذه النظرية: السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 309، ص505 وما بعدها.

* قانون أكيليا هو قانون روماني كان معمول به في ألمانيا في عهد الفقيه إهرنج.

أما بالنسبة للبائع سيء النية فلا القانون العراقي ولا القانون الأردني تحدثا عن هذه المسألة، بل إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتحدثوا صراحة عن مسؤولية الفضولي سيء النية تجاه المشتري حسن النية وما يستحقه من تعويض. ولكن كما يقول الأستاذ الزرقاء فإنه طبقا لقواعد المسؤولية عن الضرر والتسبب فيه يقتضى التعويض[1].

وإذا ذهبنا إلى قواعد المسؤولية عن الضرر في القانون المدني الأردني لوجدنا أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر[2]. فهذه القاعدة تعني أن كل فعل يصيب الغير بضرر يستوجب التعويض. وهذا يتفق مع القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية من أنه "لا ضرر ولا ضرار"[3] و "الضرر يزال"[4].

إذا متى وقع الضرر من البائع سيء النية، فإنه يوجب الضمان للمشتري، ولكن ما هو مصدر هذا الضمان؟

إن الضمان في الفقه الإسلامي هو ضمان الإتلاف أو بعبارة أعم ضمان الفعل، أي أن يأتي شخص فعلا يلحق الضرر بآخر، كأن يتلف له مالا أو يغصب له مالا[5]. والفضولي يعد في مركز الغاصب[6] وبالتالي فإن أساس المسؤولية في القانون الأردني وبالتالي الفقه الإسلامي هو ضمان الفعل وهو ما يقابله في الفقه القانوني المسؤولية التقصيرية أو كما أسماها المشرع الأردني الفعل الضار.

---

(1) الزرقاء، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 26، ص254-255.

(2) المادة (256) من القانون المدني الأردني.

(3) المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.

(4) المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

(5) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص284.

(6) تنص المادة (279) من القانون المدني الأردني على " 1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه. 2- فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحالته التي كان عليها عند الغصب، وفي مكان غصبه. 3- فإن استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو أتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب. 4- وعليه أيضا ضمان منافعه وزوائده".

ولا أعتقد بأن هناك فرق في الحكم بين ما إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية لأن القاعدة في الفقه الإسلامي تجعل كل إضرار بالغير يلزم الضمان. لهذا قال الفقهاء أن العمد والخطأ في الأموال سواء[1].

لهذا إن أساس التعويض في الفقه الإسلامي سواء كان البائع حسن النية أو سيئها هو الفعل الضار لأن المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي تقوم على الضرر لا على الخطأ كما هو حال المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: تصحيح بيع ملك الغير

إن بيع ملك الغير يتسم بطبيعة خاصة به، جعلت منه بيعا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري وحده، ورأينا كيفية تحقق هذا الإبطال، وسنبحث الآثار الخاصة الأخرى لبيع ملك الغير، وذلك عندما يصبح هذا البيع صحيحا مرتبا لجميع آثاره والتزاماته.

وحالات تصحيح بيع ملك الغير هي خمسة حالات نبحثها في خمسة فروع على التوالي وهذه الحالات هي:

1- حالة سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال.

2- حالة إجازة المشتري للبيع.

3- حالة تملك المشتري المبيع.

4- حالة تملك البائع المبيع.

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص290. ويجب ملاحظة أنه سواء كان البائع حسن النية أو سيء النية لا ضمان عليه إلا إذا وقع ضرر على المشتري من فعله.

الفرع الأول: سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال

لم تتضمن القوانين المدنية العربية نصا خاصا يحدد مدة معينة لسقوط حق المشتري في رفع دعوى إبطال بيع ملك الغير، مما جعل شراح القانون المدني ينقسمون على أنفسهم مترددين في جعل تقادم هذه الدعوى ضمن التقادم القصير الوارد في المادة (140) من القـانون المـدني المصري[1] أم التقادم الطويل حسب القواعد العامة وفق المادة (374) من نفس القانون[2].

يتجه رأي الأغلبية في الفقه المصري[3] إلى قياس مدة التقادم في دعوى إبطال بيع ملك الغير على دعاوى الإبطال وهي ثلاث سنوات، وهذه المدة استنادا إلى المادة (140) من القانون المدني المصري تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المشتري بعدم ملكية البائع للمبيـع. وفـي جميـع الأحوال يسقط حق المشتري بانقضاء خمسة عشرة عاما من اليوم الذي تم فيه إبرام العقد.

ولكن كيف تبدأ مدة الثلاث سنوات لو انعقد بيع ملك الغير والمشتري عالما بعدم ملكيـة البائع للمبيع؟

وفق هذا الرأي فإن تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير تبدأ من وقت إبرام العقد، وهـي المدة التي يتمكن فيها المشتري من إبطال البيع. أي أن مدة الثلاث سنوات، يفرق في شأنها بين

---

(1) تنص المادة (140) من القانون المدني المصري على أنه "1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك بـه صـاحبه خلال ثلاث سنوات. 2- ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حال الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد " ولم يتضمن قانون الموجبات والعقود اللبناني مثـل هذا الحكم.

(2) تنص المادة (374) من القانون المدني المصري على أنه " يتقادم الإلتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية " ويقابل هذا النص المادة (349) من قانون الموجبـات والعقود اللبناني علما أن النص الأخير قصر مدة التقادم إلى عشرة سنوات بدلا من خمسة عشرة سنة.

(3) غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص26. العدوي بالاشتراك مع سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 255، ص166. البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 288، ص418. السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 161، ص289. خضر، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 175، ص226. توفيق حسن فرج، عقـد البيـع والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 78، ص124. العطار، البداية في شرح أحكام البيع، مرجع سـابق، فقـرة 50، ص104. الحكيم، جاك: العقود الشائعة أو المسماة، مرجع سابق، فقرة 103، ص90.

حسن نية المشتري وسوء نيته، ففي الحالة الأولى تبدأ المدة من يوم علمه بعـدم ملكيـة البـائع للمبيع، وفي الحالة الثانية تبدأ المدة من يوم إبرام العقد.

أما رأي الأقلية[1] اتجه إلى تطبيق حكم القواعد العامة على تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير، أي جعل تقادم هذه الدعوى خمسة عشرة سنة. إذ برأيهم أن المادة (140) جاءت خاصـة بحالات معينة على سبيل الحصر ونصت على مبدأ لكل حالة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس وانقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغيـر، مما يتعين القول معه بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا في الحالات التـي حـدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت إبرام العقد، ولأن المدة لا تبدأ إلا من وقت العقد، فإن تقادم دعوى بيع ملك الغير وحسب هذا الرأي لا يتم إلا بخمسة عشرة سنة.

ومع ذلك انتقد هذا الرأي على أساس أن العبارة الواردة في المواد (138-140) جاءت عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان ويدخل بينها بيـع ملـك الغيـر، وانتقدوا أيضا هذا الرأي على أساس أن مدة الثلاث سنوات لا تبدأ دائما من وقت يلـي إبـرام العقد، إذ قد تبدأ من وقت إبرام العقد، فالإكراه إذا انقطع بمجرد تمام العقد تتقادم دعوى الإكراه حينها أي أن مدة الثلاث سنوات تبدأ من هذا الوقت[2].

بإمكاننا الرد على هذا الانتقاد بالقول بأن انقطاع الإكراه بمجرد تمام العقد لا يشكل حالة عامة يمكن القياس عليها، بل يصعب تصور انقطاع الإكراه وقت إبرام العقد، وبالتـالي قيـاس حالة علم المشتري بملكية البائع للمبيع بحالة انقطاع الإكراه وقت التعاقد، و جعـل مـدة تقـادم الثلاث سنوات تبدأ من وقت إبرام العقد قياس غير موفق إذا ما تصورنا صعوبة تحقق انقطـاع الإكراه وقت إبرام العقد، إذ أن قياس حالة شاذة على حالة شاذة أخرى لا يعطينا حكم.

---

(1) مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 292، ص704. مرسي، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 233، ص444.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، هامش (1) ص290.

أما القول بأن المواد من (138-140) من القانون المدني المصري جاءت عامة وتشمل جميع العقود القابلة للإبطال، فهذا قول صحيح ولكن لا ينطبق هذا القول على تقادم دعاوى العقود القابلة للإبطال، لأن المادة الوحيدة التي تحدثت عن هذا الأمر هي المادة (140) فالفقرة الأولى حددت المدة بثلاث سنوات والفقرة الثانية وضعت مبدأ لكل حالة من حالات العقد القابل للإبطال، ولم يكن بيع ملك الغير من ضمنها. علما أن المشرع المصري جعل العقد قابلا للإبطال في الحالات المذكورة في المادة (140) إضافة إلى حالة واحدة شاذة هي حالة بيع ملك الغير. إذ لو أراد إعطائها نفس الحكم لفعل ذلك، أي أن المشرع لم يعدد أربع حالات ينعقد فيها العقد قابلا للإبطال من بين عشرة حالات مثلا، وإنما من بين خمسة حالات وهذا غير معقول، لا سيما وأن بيع ملك الغير يتسم بخصوصية جعلته عقدا مركبا من جهة ومن جهة أخرى جعلت حق الإبطال للمشتري وحده سواء كان حسن النية أو سيئها، وليس ما يمكن الاستدلال به من المادة (140) سوى التفسير الذي خرج فيه بعض الفقهاء من خلال التفريق في بدأ المدة ما بين وقت العلم ووقت الإبرام. فهذا الاعتقاد وإن كان حسب رأيهم منطقيا، فأن المنطق الأقوى حسب اعتقادنا هو إخضاع تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير إلى القواعد العامة، أي مدة خمسة عشرسنة من يوم إبرام العقد سواء كان المشتري حسن النية لا يعلم بملكية البائع للمبيع أم سيء النية يعلم بهذه الملكية، فالحكم واحد في كلتا الحالتين.

أما في ظل التشريع الأردني وأمام انتفاء النص الذي يحدد مدة تقادم دعوى المشتري في إبطال بيع ملك الغير، فيكون الحكم كما هو في القواعد العامة حسب المادة (449) من القانون المدني الأردني، فتكون مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير خمسة عشرة سنة.

الفرع الثاني: إجازة المشتري للبيع

لقد خولت بعض التشريعات المدنية المشتري حق إجازة البيع الصادر من غير المالك، ففي القانون المدني المصري تنص الفقرة الثانية من المادة (466) على أنه "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد" وإجازة المشتري لبيع

ملك الغير قد تكون إجازة صريحة أو ضمنية[1] والإجازة الصريحة تكون باللفظ الصريح الـذي يدل على إجازة البيع، أما الإجازة الضمنية تستفاد من الأعمال التي يجريها المشتري، كمـا لـو قرر المشتري حقوقا للغير على المبيع بعد علمه بعدم ملكية البائع للمبيع[2].

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير حتى تنتج أثرها في تصحيح هذا البيع يشترط أن يكون المشتري عالما وقت صدور الإجازة منه، أن البائع لا يملك المبيع[3] وفي هذه الحالة فقط يصح بيع ملك الغير بين المتعاقدين وينقلب إلى بيع منتج لالتزامات مجردة، لا بيعا ناقلا للملك[4].

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير لها أثر رجعي[5] إذ يعتبر البيع صحيحا من يوم إبـرام العقد، وليس من يوم صدور الإجازة من المشتري، إذ أن هذا البيع وإن اعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين بإجازة المشتري الصريحة أو الضمنية، إلا أنه لا أثر لهذه الإجازة بالنسـبة للمالـك الحقيقي، وهذا هو معنى عبارة "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعـة ولو أجاز المشتري العقد".

وبما أن الإجازة الصادرة من المشتري جعلت من بيع ملك الغير بيعـا صـحيحا بـين المتعاقدين، فإنه من الطبيعي أن يترتب على هذا العقد الآثار القانونية، فيلتزم البائع بنقل الملكية، وتسليم المبيع وضمانه، ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وتسلم المبيع.

---

(1) تنص المادة (139) من القانون المدني المصري على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية "

(2) راجع قرار لمحكمة النقض المصرية القاضي بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري ومطالبة الأخير البائع بتنفيذ التزاماته تعتبر إجازة للعقد. طعن رقم 1576 لسنة 55 ق جلسة 3-11-1988. من خـلال: محمـد، السـيد خلف، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص579. ومن نفس المرجع ص581 الطعـن رقـم 1780 لسنة 51ق جلسة 1986/10/23.

(3) غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص26.

(4) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 358، ص212.

(5) تنص الفقرة الثانية من المادة (139) من القانون المدني المصري على أنه " 2- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تـم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ".

ويكون للمشتري بعد إجازة هذا العقد أن يتمسك بحقه بالفسخ في حالة عدم إمكانية البائع نقل ملكية المبيع إليه[1] إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض إن كان له موجب. ووفق المـادة (439) من القانون المدني المصري[2] يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان فـي حالـة تعرض المالك الحقيقي له، بأن رفع المالك على المشتري دعوى اسـتحقاق، وثبـت اسـتحقاقه للمبيع، فيكون للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويض[3].

مما تقدم يتضح أن المشتري في بيع ملك الغير يكون أمام خيارات ثلاثة، خيار الإبطال قبل الإجازة، وخيار الفسخ بعد الإجازة، وخيار الاستحقاق بعد مطالبة المالك له باسترداد المبيع. وكل هذه الأحكام كان بإمكاننا الاستغناء عنها لو أوقفنا أثر بيع ملك الغير على إجازة المالك، فلا يكون البائع ملزما بنقل الملكية ولا المشتري ملزما بدفع الثمن، ويحق لكل من المشتري والبـائع فسخ العقد حسب رأي، وحسب رأي آخر لا يكون لهم هذا الحق، وإنما توقف جميع آثـار بيـع الفضولي على إجازة المالك الحقيقي وحده[4].

الفرع الثالث: تملك المشتري المبيع

في هذا الفرع سوف نرى ما هو حكم بيع ملك الغير في حالة تملك المشتري المبيع؟ إذ قد يتملك المشتري المبيع المنقول بالحيازة وفقا لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " وقـد

---

(1) راجع قرار محكمة النقض المصرية القاضي: أجازت المادة (466) من القانون المدني للمشتري في حالة بيـع ملـك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع، إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخـل بالتزامـه بنقـل الملكية " الطعن رقم 256 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/11 س 28 من خلال: عبد التواب، معوض، المرجع في التعليـق على نصوص القانون المدني، ج2، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص445.

(2) تنص هذه المادة على أن " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع في المبيع كله أو بعضـه سـواء كـان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري..."

(3) راجع في تفصيل هذا التعويض أحكام المادة (443) من القانون المدني المصري. وسيكون لنا وقفة معها عند الحديث عن علاقة المالك الحقيقي بالمشتري في المبحث الثاني من هذا الفصل. وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في هذا الصدد ما يلي " ونلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق إذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد أوضح أن البائع قد باع شيئا مملوكا لأجنبي. ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملـة لأحكام بيع ملك الغير، ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار إذا استحق المبيع في يده، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق " المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، ج4 ص193.

(4) راجع هذا الرأي في الفقه الإسلامي ص81 من هذه الرسالة.

يتملك المشتري العقار المبيع بالتقادم[1] ففي هذه الحالات هل يسقط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير؟

---

(1) وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بأن " بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صحيحا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي متى كان هذا البيع مسجلا. ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستندا في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم، لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك، ومن ثم فان الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أي أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا لذلك التملك، ولما كان ذلك وكان مناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسي ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقي الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه أو قيام أدنى شك لديه في ذلك، ولقاضي الموضوع السلطة التامة في استخلاص حسن نية المتصرف إليه أو سوئها بشرط أن يكون استخلاصه سائغا " أنظر الطعون ذات الأرقام 304، 792، 653 لسنة 55 ق جلسة 1988/4/26. من خلال: محمد، السيد خاف، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص583. ومواقف القوانين العربية من مسألة تقادم الحقوق العقارية مختلفة وهي على النحو التالي:

تنص المادة (968) من القانون المدني المصري على أن " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا العقار خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشرة سنة " وتنص المادة (969) من نفس القانون على أنه " 1- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات..." وتنص المادة (1181) من القانون المدني الأردني على أنه " من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكا له أو حاز حقا عينيا على منقول، أو حقا عينيا غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي " وتنص المادة (1182) من القانون المدني الأردني على أنه " 1- إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات..." وقد جاء في شرح المادة (1675) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه " فإذا كان ملكا فلا تسمع الدعوى فيه بعد خمس عشر سنة وإذا كان من الأراضي الأميرية فلا تسمع الدعوى فيه بعد مرور عشر سنوات " راجع في شرح المادة (1675) من مجلة الأحكام العدلية: حيدر، درر الحكام، ج4، مرجع سابق، ص281. والحكم السابق ذكره في مجلة الأحكام العدلية يؤخذ به في فلسطين كون المجلة هي القانون المدني المعمول به في فلسطين. أما في لبنان، تنص المادة (255) من قانون الملكية العقارية رقم (3339) لسنة 1930 على أنه " لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري..." وتنص المادة (257) من نفس القانون على أنه " يكتسب حق القيد في السجل العقاري، ففيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محقق، وإذا لم يكن لديه سبب محقق، فمدة خمس عشرة سنة " من النصوص السابقة نلاحظ الفرق في الحكم بين القوانين الوضعية، إذ بموجب القانون المصري يستطيع المشتري تملك العقار الذي اشتراه من غير مالكه ووضع يده عليه مدة خمس سنين إذا كان حسن النية أو بمضي خمسة عشرة سنة إذا كان سيء النية. وبموجب القانونين الأردني واللبناني نجد أن العقار المسجل لا يخضع لحكم التقادم على عكس العقار غير المسجل. وهذا يعني أن هناك فرق في الحكم بين الحقوق المقيدة في السجل العقاري والحقوق غير المقيدة فيه. ففي الحالة الأولى لا يستطيع مشتري عقار الغير أن يتملك المبيع بالتقادم سواء القصير أو الطويل، أما الحالة الثانية فهي تأخذ حكم القانون المصري الذي تقدم ذكره. ويختلف كذلك القانون الأردني عن المصري واللبناني في أن القانون الأول لم يأخذ بالتقادم المكسب، وإنما أخذ بالتقادم المسقط، أي عدم سماع دعوى المالك في حالة إنكار الحائز حقه دون أن يكون هناك عذر شرعي يمنعه من المطالبة بحقه. وموقف المشرع الأردني في هذه المسألة متفق مع موقف الفقه الإسلامي، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادتين (1660-1675).

انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين:

الرأي الأول: يسقط حق المشتري في طلب البطلان، ذلك لأن المشتري في حالة تملك المبيع، يتمتع في جميع حقوق المالك من وقت الشراء، ولم يحصل له ضرر على الإطلاق، فضلا عن أنه أصبح مالكا – في حالة حسن نيته بمضي خمس سنوات – استنادا على العقد الذي يطلب بطلانه[1].

أما الرأي الثاني: فيرى أن المشتري لا يجبر على التمسك بوضع اليد، لأن وضع اليد لا يترتب عليه اكتساب الملكية حتما ومن تلقاء نفسه، بل لا بد من تمسك المشتري به، ولا يجوز أن يجبر المشتري على التمسك بدفع تأبى ذمته أن يتمسك به وهو عالم أن المبيع مملوك في الواقع لغير من باع إليه[2].

و الرأي الثاني أرجح لقوة منطقه، وللحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة (388) التي تنص على "2- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم".

الفرع الرابع: تملك البائع المبيع

تنص الفقرة الثانية من المادة (467) من القانون المدني المصري على "وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

---

(1) يأخذ في هذا الرأي: البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 290، ص419. مرقس بالاشتراك مع إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، فقرة 275، ص454. ويرى الأستاذان بأن المشتري لو كسب ملكية المبيع عن طريق الإرث أو الوصية أو عن طريق الشراء من المالك الحقيقي لا يكون له الحق في طلب إبطال البيع الصادر إليه من غير المالك الحقيقي.

(2) من أنصار هذا الرأي: الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 354، ص209. منصور، البيع والمقايضة والإيجار، مرجع سابق، فقرة 114، ص251. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مرجع سابق، فقرة81، ص128. ويرى الدكتور فرج بأنه ينبغي مراعاة أنه لا يجوز التمسك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل عند تطبيق قانون السجل العيني في مصر. ذلك أن نظام الشهر العيني هو المتبع حاليا في مصر.

وفق هذا النص يحرم المشتري من حقه في طلب بطلان العقد إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد العقد.

ويختلف حكم اكتساب البائع ملكية المبيع باختلاف سببه، وسبب اكتساب البائع ملكية المبيع إما أن يكون تحقق الشرط المعلق عليه ملكية البائع وإما أن يكون أمرا آخرا كشراء البائع للمبيع بعد العقد أو حصوله عليه عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث[1].

فإذا كان سبب اكتساب البائع للملكية هو تحقق الشرط الموقف، أخذ المشتري المبيع سالما من كل الحقوق التي رتبها عليه المالك القديم في خلال المدة المعلق فيها الشرط، وذلك لأن الشرط إذا تحقق كان له أثر رجعي واستند مفعوله إلى وقت التعاقد[2].

وهذا القول إن صح في القانون المدني المصري والعراقي واللبناني[3] إلا أنه لا يصح في القانون المدني الأردني، لأن هذا القانون الأخير أعطى للشرط أثرا فوريا بموجب المادة (400) والتي تنص على أن "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"[4].

بناء على ذلك فإن الحكم في القانون المدني الأردني في حال تملك البائع ملكية المبيع بتحقق الشرط الموقف، فإن المشتري يأخذ المبيع بالحالة التي هو عليها وقت تحقق الشرط، وبالتالي يحمل المبيع بالحقوق التي أثقلها به المالك في الفترة التي علق فيها الشرط لما للشرط من أثر فوري في هذا القانون.

---

(1) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 351، ص334.

(2) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 351، ص334. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 318، ص334.

(3) لقد أخذت القوانين المدنية العربية المذكورة في المتن بفكرة الأثر الرجعي للشرط، فالمادة (270) من القانون المدني المصري تنص على أنه " إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الإلتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أو وجود الإلتزام، أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط " وهذا الحكم يقابل الحكم الوارد في المادة (290) من التقنين المدني العراقي. وهو نفس الحكم الذي نصت عليه صراحة المادة (1/81) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي نصت على أن " الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ناحية الموجب ".

(4) هذه المادة تطابق تماما المادة (82) من مجلة الأحكام العدلية. وبالتالي فإن موقف المشرع الأردني ينسجم مع مصدره الفقه الإسلامي في هذه المسألة، هذا الفقه الذي يرفض فكرة الأثر الرجعي.

أما إذا كان سبب اكتساب البائع ملكية المبيع أمرا آخر غير تحقق الشرط، كما لو اشترى البائع المبيع من المالك بعد العقد، أو كما لو ورث البائع المبيع، أو اكتسبه بموجب وصية، أو اكتسبه بموجب أحكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار، فلا يكون لتصحيح البيع أثر رجعي، أي أن البيع يعتبر صحيحا من وقت امتلاك البائع للمبيع فقط. أي أن ملكية الحقوق التي يرتبها المالك الأصلي على المبيع في الفترة بين حصول البيع وانتقال ملكية المبيع للبائع تبقى نافذة[1] أما الحقوق التي يرتبها البائع نفسه في الفترة بين العقد وبين واكتسابه الملكية فلا تسري على المشتري ولا تؤثر في حقه، لأن هذه الحقوق معيبة أصلا باعتبار أنها صادرة من شخص لا حق له، أي من غير مالك[2] وسواء كان سبب ملكية البائع للمبيع هو تحقق الشرط الموقف أم غير ذلك مما ذكر فإنه يترتب على ذلك سقوط حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير، إذ أن الأصل هو تقرير هذا الحق للمشتري، وبامتلاك البائع للمبيع، تنعدم مصلحة المشتري في طلب الإبطال لارتفاع الضرر عنه، فالبائع أصبح مالكا وبإمكانه نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري[3].

إلا أن البعض يرى بأن حق المشتري في طلب بطلان بيع ملك الغير يبقى قائما إذا كانت المطالبة به سابقة على السبب الذي اكتسب الملكية بموجبه، لأن حقه في إبطال البيع حق

---

(1) لاحظ أن الحكم واحد مهما كان السبب في كسب البائع ملكية المبيع في القانون المدني الأردني على خلاف القوانين المدنية الأخرى المقارنة والتي يترتب على كل سبب فيها حكم كما هو موضح في المتن.

(2) سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 318، ص334. الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 353، ص208.

(3) وفي هذه الحالة تطبق الأحكام القانونية كاملة كما هي في عقد البيع، أي أن المشتري يكون له حق الرجوع على البائع بالضمان إذا تعرض له الغير الذي كسب حقا على المبيع. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن عقد بيع ملك الغير – إلى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشتري – يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية، وتنتقل هذه الحقوق وتلك الإلتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه. طعن رقم 1618 ق جلسة 25-12-1985. من خلال محمد، السيد خلف، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص579.

مكتسب. ويكفي لذلك أن يكون المشتري قد أظهر إرادته في طلب البطلان بـأي شـكل، ولـو برسالة من غير رفع الأمر إلى القضاء(1).

وقد انتقد البعض هذا الرأي على أساس تعارضه الصريح مع المادة (467) من القانون المدني المصري، لذلك كان الأصوب في نظرهم أن حق المشتري في طلب إبطال بيـع ملـك الغير يتوقف على فترة رفع الدعوى، فإذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل أيلولة ملكية المبيـع إلى البائع، وجب الحكم بإبطال البيع ولو صار المبيع ملكا للبائع قبل صدور الحكم النهائي(2).

ولا وأرى أن هناك داعي لإبقاء الحق للمشتري في المطالبة بالإبطال طالمـا أن البـائع تملك الشيء المبيع أو أجاز المالك البيع الوارد على ملكه طالما تحقق للمشتري مراده ألا وهـو نقل الملكية إليه وهو ما أصبح بوسع المالك تحقيقه، يستوي في ذلك إن كان المشتري قد رفـع دعوى الإبطال قبل أيلولة ملكية المبيع إلى البائع ولكن قبل صدور الحكم النهائي مـن القاضـي إستطاع البائع تخليص الملكية لنفسه، وفي غير ذلك نكون قد تعسفنا في استعمال الحـق الـذي منحنا إياه القانون.

---

(1) مرسي، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 234، ص446.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 164، هامش(1) ص295. ويقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد مضيفا رأيا ثالثـا للفقه الفرنسي يتلخص في أن بيع ملك الغير يصح بمجرد اكتساب البائع للمبيع حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال، ما دام قد تم قبل صدور الحكم النهائي. وانتقد السنهوري هذا الرأي على أساس مبدأ التعسف في إسـتعمال حـق الإبطـال. ونضيف إلى ذلك بأن هذا الرأي هو الآخر يتعارض مع النصوص المنظمة لأحكام بيع ملك الغير، ومنها الفقرة الأولى من المادة (466) والتي تعطي المشتري حق إبطال هذا البيع. أما قولهم بأن هذا الحق ينقضي بعد اكتساب البائع ملكية المبيع، نرد عليه بأن هذا القول يصح لو أن المشتري لم يقرر موقفه بعد من هذا البيع، أما إذا كان قد قرر موقفه بالبطلان، فلـه ذلك، وإن اكتسب البائع بعد ذلك ملكية المبيع، لأن المشتري هو الأولى بالحماية في بيع ملك الغير. وفي هذا الصدد يرى الدكتور رمضان جمال كامل بأنه يتوجب على القاضي أن يقضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، إذا تمسـك البـائع بانتفاء مصلحة المشتري في إبطال العقد، لأن المصلحة في الدعوى يجب أن تكون متوافرة للفصل في موضوع الـدعوى. راجع: كامل، رمضان جمال: **أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء**، ط4، المنيا، دار الألفي، 1998، ص47. ونرد على هذا الرأي بأن مصلحة المشتري ببطلان البيع كانت في الوقت الذي كان فيه البائع غير مالك للمبيع ولا يستطيع نقـل الملكيـة للمشتري، وبالتالي لو رفع المشتري الدعوى في هذا الوقت فالمصلحة موجودة ومقررة للمشتري بنص القانون، ففي القول بأن على المحكمة رفض الدعوى لمجرد تملك البائع للمبيع في وقت لاحق على رفع الدعوى مضرة للمشتري، فما يـدرينا ما هي ظروف المشتري في وقت كان فيه البائع غير مالك، وما رتبه المشتري من تصرفات على ذلك، فضـلا عـن أن القاضي يبحث عن المصلحة في الدعوى في وقت رفع الدعوى، لا وقت الحكم بها.

والفقه الإسلامي له موقفه من مسألة تملك البائع المبيع بعد العقد قبل الإجازة. ونلخصه بـالقول التالي:

الحكم لدى أكثرية الحنفية هو بطلان بيع الفضولي في حال تملك البائع المبيع بسبب من أسباب كسب الملكية، وكان لاحقا على انعقاد العقد، وذلك استنادا على قاعدة مؤداهـا "إذا طـرأ ملك نافذ على موقوف فكان مبطلا للموقوف، إذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد [1] أما إذا كان سبب ملكية الشيء المبيع سابقا على العقد، كما لو غصب شيئا وباعه ثم ضمنه المالك، فإن العقد يصح وينفذ، لأنه بالتضمين أصبح مالكا من وقت الغصب[2].

ومع ذلك فهناك من الحنفية من قال بنفاذ العقد في حال تملك البائع المبيع بعد العقد، لأن المانع من نفاذ العقد قد زال بكسب البائع ملكية الشيء المبيع[3].

أما المالكية، فقد فرقوا في الحكم بين كون الميراث كسبب لملكية البائع للمبيـع، وبـين كون السبب شيء آخر غير الميراث.

فإذا تملك البائع الشيء المبيع بالإرث، فيكون البائع في هذه الحالـة قـد ورث حقـوق المورث والتي تجيز له نقض البيع أو إجازته[4].

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص314.

(2) الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام: **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظـم أبـي حنيفـة النعمان**، ج3، د.ط، القاهرة، 1310ه ص111.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص117. ولا يكون هنا تعارض مع القاعدة الفقهية القائلة " إذا طرأ ملك بـات علـى موقوف أبطله " إذ أن الأصل أن من باشر عقدا في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب بـاع المغصـوب ثـم ملكه، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ، إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف، كما إذا باع المالـك مـا باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي. أما إن باعه من الفضولي فـلا. ويلاحـظ أن الشـافعية يتفقون مع أكثر الحنفية في موقفهم من هذه المسألة فجاء في النووي، ما قوله " لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز، لم ينفذ قطعا " راجع النووي، المجموع، ج9، ص283. فالعقد الموقوف عند الشافعية يتحول إلى باطل لأن " المعتبر إجـازة من يملك التصرف عند العقد " وكذلك الأمر عند الحنابلة، فالعقد يعتبر باطلا، لأنه إذا طرأ سبب بات على سبب موقـوف أبطله، لأن الأثر الأقوى يزيل الأثر الأضعف، وبالتالي فإن ملك الفضولي للشيء الذي باعه يكون مبطلا للعقد الذي عقـده على مال الغير. ابن قدامة، المغني، ج6، ص475. وكذلك عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقـد الموقـوف فـي الفقـه الإسلامي، مرجع سابق، ص190.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص11.

أما إذا ملك البائع الشيء المبيع بأي سبب آخر غير الميراث، كأن اشتراه أو تصدق بـه عليـه، فإن العقد في هذه الحالة يتحول من عقد موقوف إلى عقد نافذ، دون أن يتوقف الأمر على إرادة البائع[1].

وهذا الرأي الأخير هو ما قال به بعض الحنفية مخالفين بذلك رأي الأغلبية التي تـرى بطلان بيع الفضولي في حال تملك البائع الشيء المبيع. وهذا القول الأخير هو أيضا ما أخـذت به مجلة الأحكام العدلية، إذ اشترطت لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما، فإذا كان أحد المذكورين هالكا لا تصح الإجازة[2] أما المشرع العراقي فقد خـالف الفقه الإسلامي في هذه المسألة، إذ لم يشترط قيام المتعاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليـه وقت الإجازة[3] أي أن الحكم في ظل القانون المدني العراقي هو نفس حكـم القـانون المـدني المصري وهو جعل البيع صحيحا نافذا، وهو أيضا ما يقال بالنسبة للقانون المدني الأردني[4].

يتضح مما تقدم أن القوانين المدنية حتى المستمدة منها من الفقه الإسلامي خالفـت هـذا الفقه في هذا الحكم، فالقول ببطلان بيع الفضولي إذا ملك البائع الشيء المبيـع يتعـارض مـع القاعدة الفقهية العامة المقننة في المادة (100) من مجلة الأحكام العدلية والتي تقضي "من سـعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"[5]. لهذا فإني أرجح رأي الأقلية من الحنفية ورأي المالكية في الشق الثاني منه أي في حال كون سبب الملكية غير الميراث، ولكننا نعمم هذا الحكم ليشمل كافة أسباب كسب الملكية، على رأي من قال بالبطلان. ونقول مع من قال "الأليق بـروح الفقه الإسلامي، وبالتقنينات المستمدة منه، أن يعتبر بيع ملك الغير بيعا صحيحا نافذا، إذا مـلك البائع الشيء المبيع، أيا كان سبب هذا الملك"[6].

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص11.

(2) المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة (136) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (551) من القانون المدني الأردني.

(5) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1، ص88. الزرقاء، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العـام**، ج2، ط2، دمشق، دار القلم، 2004، فقرة 63/81، ص1021. وقد جاء في المرجعين المذكورين ما يفيد بعدم قبول ادعاء البائع أنـه فضوليا لبطلان العقد.

(6) الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص74.

المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك

يعتبر المالك الحقيقي من الغير بالنسبة للبيع الوارد على ملكه، وبالتالي فإن الأصل هـو عدم تأثر المالك في التصرفات الصادرة من الغير على ملكه، استنادا إلى مبدأ نسبية آثار العقود. لهذا تتوقف آثار العقد الذي أجراه الغير على ملكه، فإما أن يقره المالك الأصلي، وإما أن يرفض إقراره، وهذا يعني اختلاف النتائج المترتبة على كل حالة من الحالات المذكورة.

وبما أن دراستنا مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، فإن مصـطلح الإقـرار الوارد في القانون الوضعي قد لا يقابله نفس المعنى في الفقه الإسلامي. بناء على ذلك، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول نبحث في مدلول الإجازة والإقرار فـي القـانون والفقه، وبعد ذلك نستطيع الحديث عن آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي، فنتحدث فـي المطلب الثاني عن حالة رفض المالك إقرار البيع الصادر من الغير على ملكه، والمطلب الثالث عن النتائج المترتبة على إقرار المالك الأصلي للبيع.

المطلب الأول: الإجازة والإقرار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

إن مصطلح الإجازة في القانون الوضعي يختلف عنه في الفقـه الإسـلامي، ذلـك أن مصطلح الإجازة له مدلوله الخاص في القانون الوضعي، كما هو حـال الإقـرار فـي الفقـه الإسلامي. لهذا نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع، في الأول نبحث عن مفهوم وشروط الإجازة في القانون الوضعي، وفي الفرع الثاني نبحث عن مفهوم وشروط الإجازة في الفقه الإسـلامي، ونقارن في الفرع الثالث بين المفهومين القانوني والفقهي للإجازة، ويبقى علينا في الفرع الرابـع أن نفرق بين مصطلحي الإجازة والإقرار في القانون الوضعي.

الفرع الأول: الإجازة وشروطها في القانون الوضعي

الإجازة في القانون الوضعي تعني نزول من يملكها عن حقه في طلب إبطـال العقـد، ويترتب على ذلك زوال الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائيا، ويكون لهذه الإجازة أثر يستند إلى يوم صدور البيع[1].

والإجازة في القانون الوضعي – كمبدأ عام – ترد على العقد القابل للإبطال، ولا تـرد على العقد الباطل، وبيع ملك الغير وفق النص القانوني الخاص به هو بيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري وغير نافذ في حق المالك الحقيقي. وبالتالي يكون المشتري هو صاحب الحق في إجازة البيع الصادر من غير المالك ولكن يشترط لصحة إجازته توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: علم المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع

حتى تحقق إجازة المشتري أثرها في سريان هذا البيع في حق البائع، لابد من أن يكون المشتري عالما بأن البائع غير مالك للمبيع[2].

الشرط الثاني: توافر الأهلية في المشتري

الأهلية المطلوب توافرها في المشتري هي أهلية إبرام العقد محل الإجازة، وبالتالي يجب أن تكون الأهلية كاملة وقت الإجازة[3].

الشرط الثالث: خلو إرادة المشتري من العيوب

يشترط بالإضافة إلى الشرطين السابقين لصحة الإجازة، أن تكون إرادة المشتري خالية من أي عيب من عيوب الإرادة[4].

---

(1) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص202-204.

(2) راجع ص31 من هذا البحث.

(3) نشترط هذا الشرط لأن القانون جعل من نقص الأهلية سببا موجبا للبطلان، فعقد ناقص الأهلية قابل للإبطال.

(4) هذا الشرط أيضا يوجبه القانون المدني، لأن هذا القانون جعل من العقد المشوب بعيب من عيوب الإرادة عقدا قـابلا للإبطال.

وإجازة المشتري لبيع ملك الغير – كما مر معنا – قد تكون إجـازة صـريحة بـاللفظ الصريح وقد تكون ضمنية تدل عليها تصرفات المشتري، كأن يقرر هذا الأخير حقوقـا علـى الشيء المبيع.

الفرع الثاني: الإجازة وشروطها في الفقه الإسلامي

تعرف الإجازة لغة على أنها إنفاذ التصرف وإمضاءه وجعله جائزا نافذا، يقال أجـزت العقد جعلته جائزا نافذا. وجاز العقد نفذ ومضى على صحته، وأجاز رأيه أنفذه وأجاز له البيـع وأمضاه[1].

أما في اصطلاح الفقهاء الملمسين فالإجازة تعني تصرف انفرادي يصدر من صـاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفـاذ التصـرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حال حسب طبيعة التصرف الموقوف[2].

والإجازة في الفقه الإسلامي ترد على العقد الموقوف ولا ترد علـى العقـد النافـذ أو الباطل. وعقد بيع ملك الغير كما مر معنا هو عقد موقوف، فهو إما أن يجاز من المالـك فينفـذ وإما أن لا يجاز منه فيبطل. وحتى تصح هذه الإجازة شرعا لا بد من توافر شروط معينة نصت عليها المادة (395) من مرشد الحيران حيث نصت على أنه " يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع والمشتري وصاحب المتاع المبيع حيا وأن يكون المبيع قائما معينا"[3].

إذا حتى تكون الإجازة معتبرة شرعا في الفقه الإسلامي يشترط لها توافر الشروط التالية:

---

(1) المقري، المصباح المنير، مرجع سابق، ص54.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص311.

(3) وهو نفس ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (378) والتي نصت على أنه "... إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما وإلا فلا تصح الإجازة " بينما الحكم في القانون المدني العراقـي لصحة الإجازة هو اشتراط وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد فقط، دون اشتراط قيام العاقدين أو المالك الأصـلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. راجع الفقرة الأولى من المادة (136) من القانون المدني العراقي.

الشرط الأول: وجود المجيز حين العقد

يشترط في الإجازة حتى تقع صحيحة، أن يكون المجيز موجودا حين العقد، فإذا باع الفضولي مال شخص بالغ، انعقد تصرف الفضولي موقوفا على الإجازة، لأن البالغ يملك هذا التصرف بنفسه، أي أن المجيز موجود عند العقد، فإن أجاز هذا التصرف فيما بعد، وقعت إجازته صحيحة. بعكس ما لو كان البيع واقعا على مال صغير، فإن التصرف لا ينعقد والإجازة لا تصح، لعدم وجود مجيز عند التصرف، ذلك لأن الصغير لا يملك الإجازة حينها فتقع إجازته غير صحيحة بعد بلوغه[1].

الشرط الثاني: وجود المالك عند الإجازة

أي وجود المجيز عند الإجازة، أما لو مات قبل إجازته التصرف بطل العقد، ولا يحل ورثته مكانه في الإجازة حسب رأي الحنفية[2] أما المالكية[3] والحنبلية[4] والشافعية[5] فهم يورثون الحقوق المتعلقة بالأموال، وبالتالي يكون من حق الوارث في نظرهم إجازة بيع الفضولي الواقع على المال الذي انتقل إليهم بالميراث.

الشرط الثالث: وجود الفضولي حين الإجازة

من المعروف أن الفضولي بالإجازة اللاحقة على بيعه ينقلب وكيلا للمالك في عقد البيع، فيلتزم بتسليم المبيع، ويطالب بالثمن، ويخاصم بالعيب، لهذا كان من الضروري وجوده حين

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص107.الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص577.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص580. وجاء في فتح القدير لابن الهمام، مرجع سابق، في ص312 ما يفيد أن أبو حنيفة وأبو يوسف ذهبا إلى أن التركة إذا كانت بين كبار ممن يجيزون على قسمتهم فاقتسموها بلا أمر القاضي، وكان بينهم غائب فيتوقف على إجازة الغائب، فإن مات قبل الإجازة، فإن أجاز ورثته، جازت استحسانا، لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة.

(3) القرافي، الفروق، ج3، ص275-276.

(4) ابن قدامة، المغني، ج4، ص579.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص221، 228.

صدور الإجازة من المالك. أما لو مات قبل صدور الإجازة ترتب على موته بطلان البيع، وعدم صحة إجازة المالك بعد ذلك، لعدم وجود من تلزمه تلك الحقوق[1].

الشرط الرابع: وجود المشتري عند الإجازة

يعلل هذا الشرط على أنه بموت المشتري لا تكون هناك أية حاجة لإجازة البيع، لعـدم وجود من يدفع الثمن ويستلم المبيع. ولكن ما هي ضرورة هذا الشرط في ظل إعطاء الإجـازة أثرا رجعيا في الفقه الإسلامي؟[2].

يرى البعض أن الإجازة في بيع الفضولي تعتبر تصرفا منشئا من وجه، وتصرفا كاشفا من وجه آخر، ومن ثم لا بد من وجود العاقدين والمحل. ويعللون ذلك بالقول، بما أن الإجـازة لها حكم الإنشاء، فلا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه، لذلك كـان قيامهـا شـرطا للحوق الإجازة، وبما أن الإجازة هي تصرف كاشف، فما دام العقد إذا أجيز ينفـذ مـن وقـت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت[3].

الشرط الخامس: وجود المعقود عليه عند الإجازة

إن إجازة المالك لبيع الفضولي تفترض بقاء محل العقد، و ذلك حتى تلحق الإجازة أثرها في المحل، أما لو هلك المحل قبل صدور الإجازة، لبطل العقد ولم تلحقه الإجازة لأن الآثـار لا تظهر في معدوم[4].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص580.

(2) الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص78.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص580. و بهذا الرأي أيضا: السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص136.

(4) الكاساني، المرجع السابق. ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص113. ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص113.

وكما تصح الإجازة في القانون الوضعي سواء كانت صريحة أو ضمنية، نفس الأمر يقال بالنسبة للفقه الإسلامي[1]. إلا أنه في هذا الفقه تثار مسألة السكوت، فهل يعتبر تعبيرا ضمنيا عن الإرادة في الإجازة ؟

بالنسبة للحنفية لهم موقفين من هذه المسألة، يذهب أغلبهم إلى اعتبار السكوت الملابس - أي سكوت المالك وهو يرى الغير يبيع ماله – غير دال على الإجازة[2] ويذهب البعض الآخر إلى اعتبار السكوت في بعض الحالات إجازة إذا دل العرف على ذلك، منعا لوقوع الضرر[3].

أما المالكية[4] فهم أيضا فرقوا بين حالتين:

حالة حضور المالك، وهنا يعتبر سكوته بمثابة إجازة للعقد، ويجوز للمالك أن يطالب الثمن من البائع خلال سنة من العقد، فإذا مرت السنة دون أن يطالب ذلك سقط حقه.

وحالة إبرام العقد في غياب المالك، فهنا يكون للمالك خلال سنة من وقت علمه بالبيع أن يختار إما إجازة العقد وإما رفضه، فإذا سكت خلال السنة ولم يعلن إرادته، فسر سكوته على أنه إجازة للعقد، ويكون من حقه مطالبة البائع بالثمن خلال عشرة سنوات من وقت علمه بالبيع، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يطالب الثمن، سقط حقه.

أما الشافعية[5] والحنابلة[6] والظاهرية[7] فموقفهم من هذه المسألة واحد، وهو عدم اعتبار السكوت إجازة في أي حال، وبالتالي لا يعبر السكوت عن الرضا أو الإجازة، وبالتالي يبطل بيع الفضولي عندهم لعدم لحوقه الإجازة.

---

(1) تنص المادة (303) من مجلة الأحكام العدلية على أن " الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت " والمادة (403) تنص على أن " الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا " وتنص المادة (70) على أن " الإشارات المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان " والمادة (69) تنص على أن " الكتاب كالخطاب ".

(2) السرخسي، المبسوط، ج13، ص140-141.

(3) ابن نجيم، زين الدين: **الأشباه والنظائر**، القاهرة، دار الطباعة العامرة، 1290، ص78.

(4) الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ص12.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص287.

(6) ابن قدامة، المغني، ج4، ص206.

(7) ابن حزم المحلي، ج8، ص436.

وهذا أيضا موقف مجلة الأحكام العدلية عبرت عنه في المادة (69) والتي تنص على أنه "لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان" والمادة (1659) تنص على أنه "إذا باع أحد مالا على أنه ملكه في حضور شخص آخر وسلمه ثم إدعى الحاضر بأنـه ملكـه مستقلا أو أن له حصة فيه مع أنه كان حاضرا في مجلس البيع ورأى ذلك وسكت بلا عذر ينظر فإذا كان الحاضر من أقارب البائع أو زوجها أو زوجته فلا تسمع دعواه هذه مطلقا وإذا كان من الأجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع مانعا لاستماع دعواه على هذا الوجه..."

أما القانون المدني العراقي فقد اعتمد نوعا جديدا من السكوت في المادة (2/136) والتي تنص على أنه "يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر فـي هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا" واضح من هذا النص أن المشرع العراقي قد اعتمد نوعا من السكوت هو السكوت "الموصوف"[(1)] أي الذي يعرض حين يفـرض القانون التزاما بالكلام، فاعتبره دالا على الرضاء، ومن ثم فهو أجازه. ويكون المشرع العراقي قد أضاف بذلك تطبيقا جديدا للقاعدة المنصوص عليها في المادة (81) [(2)].

الفرع الثالث: المقارنة بين المفهومين القانوني والفقهي للإجازة

من خلال تعريف الإجازة في القانون الوضعي والفقه الإسـلامي، نجـد أن التعـريفين يتفقان في جعل الإجازة تصرفا من جانب واحد، لا تحتاج لقبول من الطرف الآخر، بل تحـدث أثرها دون الحاجة إلى علم الطرف الآخر بها، وبمجرد صدور الإجـازة لا يسـتطيع المجيـز الرجوع فيها والعدول عنها. كما أن للإجازة حسب الفقهين الإسلامي والقانوني أثر رجعي يستند إلى يوم صدور البيع[(3)].

(1) الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص86.

(2) أما القانون المدني المصري فلا يعتبر السكوت تعبيرا عن الإرادة إلا في حالات استثنائية نصت عليهـا المـادة (98) وليس من بينها حالة إجازة عقد الفضولي. راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصـري، ج2، ص57-58.

(3) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص204.

ويتفق الفقه الإسلامي أيضا مع القانون الوضعي في الشروط التي يتطلبها الفقهين لصحة الإجازة، إذ لابد من تنازل المجيز عن حقه في إبطال العقد، وأن يكون هذا المجيز ذا أهلية، وأن تكون إرادته سليمة وخالية من العيوب.

وبالرغم من هذا التشابه بين الفقهين الإسلامي والقانوني في مسألة الإجازة إلا أنه يوجد اختلافات جوهرية بينهما. فالإجازة في القانون من شأنها تأكيد صحة العقد القابل للإبطال، دون إضافة أي جديد للعقد. بمعنى أن الإجازة في القانون الوضعي ما هي إلا نزول صاحبها عن حقه في إبطال العقد. بخلاف موقف الفقه الإسلامي، فالعقد الموقوف، قبل الإجازة لا أثر له، وبعد الإجازة ينتج عن العقد كل آثاره. إضافة إلى أن الإجازة في القانون الوضعي تصدر من المشتري وحده حسب النص الخاص ببيع ملك الغير. أما في الفقه الإسلامي فالإجازة تصدر من المالك وحده الذي باع ماله الفضولي من غير إذنه.

كذلك فإن الإجازة في القانون الوضعي في ظل تطبيق فكرة العقد القابل للإبطال تكون كاشفة وليست منشئة، لأن العقد قبل صدور الإجازة كان نافذا صحيحا، والإجازة تؤكد ما أنتجه العقد من آثار من دون إضافة أي جديد عليه. أما في الفقه الإسلامي فالإجازة – كما قلنا – فهي من جهة كاشفة للأحكام المترتبة على التصرف، ومن جهة أخرى منشئة لها. لهذا تطلب الفقه الإسلامي توافر الشروط التي اشترطها وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة، كما يجب توافرها وقت صدور الإجازة وهو الوقت الذي وجدت فيه.

فالفقه الإسلامي أضاف إلي الشروط التي تطلبها القانون الوضعي شروطا أخرى وهي: وجود العاقدين والمحل والمجيز وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة.

الفرع الرابع: الفرق بين الإجازة والإقرار في القانون

يجمع بيع ملك الغير في طبيعته المركبة بين مفهوم الإجازة الواردة على العقد القابل للإبطال والإقرار الوارد على العقد غير النافذ، فبيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري غير نافذ في حق المالك.

وبالتالي فإن الإجازة تصدر من قبل من تقررت لصالحه، وهو المشتري في بيع ملك الغير، ليتأكد صحة البيع ويسقط حق المشتري في طلب إبطاله.

أما الإقرار فيكون من حق المالك الذي لا ينفذ هذا العقد في حقه، فإذا أقره سرى في حقه، وامتنع عليه المطالبة باسترداد ماله.

ولأن المشرع جعل الإقرار في بيع ملك الغير من حق المالك، فهو رتب على هذا الإقرار أثر رجعي وأثر فوري في نفس الوقت. أي أن الأثر الرجعي يكون تجاه المشتري، فالبيع يعتبر صحيحا من وقت البيع لا من وقت إقراره من المالك الحقيقي، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. أما الأثر الفوري فذلك يكون بالنسبة للمالك الحقيقي، لأن البيع لا يسري في حقه إلا من وقت إقراره إياه لا من تاريخ العقد. وهذا على خلاف أثر الإجازة التي تحدثنا عنها سابقا.

والإقرار يلتقي مع الإجازة في أن كل منهما تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة، وما قيل في الإجازة من شروط صحتها وكيفية التعبير عنها ينطبق بلا شك على الإقرار.

ولا بد من القول في هذا المقام بأن القانون الوضعي كان في غنى عن هذا الجمع غير الموفق في بيع ملك الغير لو أخذ بفكرة العقد الموقوف، التي توقف أثر العقد على الإجازة – والإجازة هي التي شرحت مفصلا – فالمالك هو من يملكها دون أن يخول المشتري حق في ذلك.

المطلب الثاني: عدم إقرار المالك للبيع

تنص المادة (2/466) من القانون المدني المصري على أنه "وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد".

وهذا يعني أن المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير، فلا تنصرف إليه آثاره، فلا يلزم بأي التزام، ذلك أن العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه، والأطراف في هذا البيع هما المشتري والبائع.

وبما أن المالك يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الوارد على ملكه، فإنه لا يملك رفع دعوى البطلان، لأن البطلان في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، كل ما في الأمـر أن المالـك لا يتأثر بهذا البيع، فلا يسري في حقه، وفي هذا المطلب ندرس حالة رفض المالك البيـع الـوارد على ملكه من قبل الغير، فما الذي يترتب على هذا البيع؟.

للإجابة على هذا السؤال نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الأول نتحدث عـن علاقـة المالك بالمشتري، وفي الثاني نبحث في علاقة المالك بالبائع.

الفرع الأول: علاقة المالك بالمشتري

يبقى المالك الحقيقي طرفا أجنبيا عن عقد بيع ملك الغير، وبما أن المشرع لـم يـرد أي نصوص خاصة من شأنها أن تنظم علاقة المالك بالمشتري، فإننا نستعين بالقواعد العامة في هذه المسألة، والقواعد العامة تقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقديه، وبالتالي لا تضاف للمالك أي حقوق أو التزامات من تلك التي ينشئها البائع أو المشتري على ملكه، فسواء أجاز المشتري البيع أو أبطله، فيبقى المالك على ملكه، ولكن ما هو الحل لو تسلم المشتري المبيع من البائع؟

للمالك في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وبـدعوى التعـويض. فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع، فيسترده من تحت يـده، ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ علمه بـالبيع[1] ويرجـع علـى المشتري بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيء النية.

ولكن قد يحدث أن يتملك المشتري المبيع إذا كان منقولا على أساس قاعدة الحيازة فـي المنقول سند الملكية، وان كان عقارا على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصـير[2] فيـدفع المشتري دعوى المالك بتملكه المبيع على أساس الحيازة أو التقادم المقترن بالحيازة.

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 165، ص296. الهلالي، البيع والحوالة والمقايضـة، مرجـع سـابق، فقـرة 369، ص218.

(2) راجع في تملك المشتري للمبيع ص 132 من هذا البحث.

إذا فيما عدا الحالة السابقة يبقى من حق المالك استرداد ملكه من المشـتري، بـالرجوع عليه بدعوى الإستحقاق، ولكن هل يرجع المالك على المشتري في هذه الدعوى بالثمار أيضا؟

تجيب على هذا التساؤل المادة (978) من القانون المدني المصـري بقولهـا " يكسـب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية[1] فإذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلـم بـأن البائع غير مالك للمبيع، فإنه يكتسب ما كان قد قبضه من ثمار، وبالتالي فهو لا يلزم إلا برد مـا كان قائما منها عند رفع الدعوى عليه، على أن يتحمل المالك ما أنفقه المشتري من مصـروفات على حفظ الثمار[2].

وتنص المادة (979) من القانون المدني المصري على أنه "يكون الحائز سـيء النيـة مسؤولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضـها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار"[3] أما إذا كان المشتري سيء النيـة، أي يعلم بأن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير، فإنه يلزم برد الثمار إلى المستحق، وحسب النص السابق يلزم برد الثمار التي قصر في قبضها أيضا[4].

ولكن لو حدث أن هلك الشيء المبيع في يد المشتري الحائز، فإننا والحالة هذه نفرق في الحكم بين الحائز حسن النية، والحائز سيء النية. فالأول لا يكون مسئولا عن أي تعويض عمـا قد ينتفع به تجاه المالك، وكذلك لا يسأل عما يعيب المبيع من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف[5] أما الثاني فهو مسئول عن هلاك المبيع ولـو كـان

(1) تقابل المادة (1191) من القانون المدني الأردني.

(2) هذا الحكم مستمد من نص الفقرة الأولى من المادة (980) من القانون المدني المصري، وهي تقابل الفقرة الأولى من المادة (1193) من القانون المدني الأردني.

(3) تقابل المادة (1192) من القانون المدني الأردني.

(4) ويكون للمشتري في هذه الحالة أن يخصم النفقات الضرورية اللازمة لحفظ المبيع وصيانته، أما النفقات النافعة، فليس للمشتري أن يقوم بخصم قيمتها من غلة المبيع أو ريعه، ونفس الحكم ينطبق على النفقات الكمالية. راجع في هذه الأحكـام نصوص المواد (980) من القانون المدني المصري. (1193) من القانون المدني الأردني.

(5) المادة (983) من القانون المدني المصري.والمادة (1195) من القانون المدني الأردني.

هذا الهلاك ناشئا عن حادث مفاجئ، إلا إذا أثبت بأن المبيع كان سيتلف حتى ولو كان باقيا في يد المالك[1].

إذا في حالة الهلاك يتعذر على المالك استرداد ملكه من المشتري، ونلاحظ أن حق المالك في التعويض هنا غير ثابت في كل الأحوال، لهذا كان لا بد تعويض المالك عن حقه في ملكه الذي خرج منه دون علمه وموافقته، وهذا يعني أنه لا بد من رجوع المالك الحقيقي على البائع بالتعويض. وهو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الثاني: علاقة المالك بالبائع

في علاقة المالك بالبائع، يختلف الحكم بين ما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري، أم لم يسلمه إياه. فإذا كان قد سلمه للمشتري، فيكون للمالك الحق في استرداده منه عن طريق دعوى الاستحقاق يرفعها عليه، أما إذا كان البائع قد دفع دعوى المالك عن طريق تمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول أو التقادم في العقار، فإن المالك حينها لا يستطيع استرداد ملكه منه.

أما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري واكتسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم، في هذه الحالة لا يكون أمام المالك الحقيقي من سبيل سوى التعويض، على أساس فقده المبيع، بل ويكون من حق المالك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض بالرغم من استرداده ملكية المبيع بعد سقوط هذه الملكية بالحيازة أو التقادم، ويكون سبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع، إذ أن البائع ببيعه ملك غيره قد تسبب في الإضرار بالمالك، وعلى الأخص إذا كان البائع سيئ النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصبا. أما إن ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محلا للرجوع عليه بالتعويض[2] وكل ما يكون له هو استرداد ملكه إن أمكن، وإلا استرد

(1) المادة (984) من القانون المدني المصري. والمادة (1191) من القانون المدني الأردني.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 165، ص297.

قيمته. ونعتقد أن أساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب، إذ لا يجوز أن يثري البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي[1].

ويقترب القانون الوضعي في هذه المسألة مع الفقه الحنفي الذي يجعل من العقد الصادر من غير المالك عديم الأثر في حق المالك ما لم يقر الأخير البيع الصادر من الفضولي. ولكن يختلف القانون الوضعي عن الفقه المالكي، الذي يجعل من حضور المالك مجلس العقد أثرا في لزوم العقد له، وكذلك الأمر إذا لم يكن حاضرا في مجلس العقد ولكنه علم بعد ذلك بالبيع، وسكت عاما من يوم العلم فيلزمه العقد[2].

وقد يحدث أن يهلك الشيء المبيع في يد البائع مما يتعذر معه القول باسترداد المالك ملكه، ففي هذه الحالة يضمن البائع للمالك قيمة الشيء المبيع يوم الشراء، وهذا يفهم من نص المادة (510) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه "إذا وقع الادعاء بالاستحقاق بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمشتري قيمته يوم الشراء ورجع على البائع بالثمن"[3].

أما موقف الفقه الإسلامي من مسألة هلاك المبيع فهو ليس موحد على النحو التالي:

---

(1) وتسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب في القانون المدني المصري بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق. ونفس الحكم اقتبسه المشرع الأردني في المادة (311) من قانونه المدني.

(2) عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص180.

(3) وأرى أن المالك في هذه الحالة لا يستطيع أو لا يملك إجازة البيع الصادر من الغير، لأن الإجازة وفقا للقانون الأردني تتطلب وجود المبيع وقت الإجازة. إذ تنص المادة (174) من القانون المدني الأردني على أنه " يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينيا وقت الإجازة " فالبيع وفق هذا النص يبطل، ويلتزم البائع بإعادة قيمة الشيء المبيع إلى المالك إن كان حسن النية، ويلتزم بالتعويض إذا كان سيء النية كما تقدمنا.

الحنفية يفرقون حالة الهلاك عند الفضولي عن حالة الهلاك عند المشتري[1] فإذا هلك المبيع عند الفضولي وكانت يد هذا الأخير يد أمانة[2] فلا ضمان عليه إلا بالتعدي. أما إذا كانت يد ضمان[3] فإنه يضمن في كل حال.

أما إذا هلك الشيء المبيع عند المشتري، فالمشتري يكون مسئولا عن الهلاك، لأن يد المشتري تكون يد ضمان على المبيع لأنه يحوز المبيع لمصلحة نفسه، فالمشتري يضمن المبيع سواء كان يعلم أن البائع مالك أم يجهل ذلك. أما المالك فيكون له الخيار في أن يضمن أي من البائع أو المشتري.

أما المالكية فهم يفرقون بين المشتري العالم بأنه يشتري من غاصب ملك غيره، وبين المشتري الجاهل بذلك. فيضمن المشتري سيء النية هلاك المبيع مهما كان سبب الهلاك، ويكون من حق المالك في هذه الحالة تضمينه أو تضمين الفضولي أيهما شاء. أما المشتري حسن النية الذي يجهل واقعة الغصب، فليس للمالك أن يرجع عليه إلا إذا كان الهلاك نتيجة تعديه[4].

أما الشافعية[5] والحنابلة[6]فهم يجعلون المشتري مسئولا عن هلاك المبيع، لا فرق في ذلك بين علم المشتري بالغصب أو جهله به ويكون للمالك الحق في تضمين أي من البائع أو المشتري.

المطلب الثالث: إقرار المالك للبيع

نصت المادة (467) من القانون المدني المصري على أنه "إذا أقر المالك البيع، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري".

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص580- 581. ابن عبدين، رد المحتار، ج5، ص113- 114.

(2) يقصد بيد الأمانة أن يحوز الحائز " الفضولي " الشيء لمصلحة المالك. فالمودع عنده يده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع. السنهوري، مصادر الحق، ج6، ص127.

(3) يقصد بيد الضمان إذا كان الحائز يحوز الشيء لمصلحة نفسه، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يحوز المغصوب كمالك له. السنهوري، المرجع السابق. وللمزيد عن يد الأمانة ويد الضمان راجع أحكام المواد (426-428) من القانون المدني العراقي. هذا القانون المتأثر في هذا الجانب بالفقه الحنفي.

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص457.

(5) الشافعي، **الأم**، ج3 د.ط، القاهرة، 1352ه، ص220.

(6) المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان: **الإنصاف**، ج6، المحمدية، مطبعة السنة المحمدية، 1374، ص177.

من هذا النص يتضح بأن المالك وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكـه دون إذنه، ولكن يترتب على هذا الإقرار عدة نتائج. لذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وفـي كل فرع ندرس نتيجة من النتائج المترتبة على إقرار المالك الحقيقي للبيع وهذه النتائج هي:

1- سريان البيع في حق المالك.

2- سقوط حق المشتري في طلب الإبطال.

3- نشوء علاقة بين المالك والمشتري.

الفرع الأول: سريان البيع في حق المالك

أول ما يترتب على إقرار المالك للبيع، سريان هذا البيع في حقه، لأنه لم يعد هناك مانع من انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري[1] وهذه الملكية تنتقل إلى المشـتري مـن تـاريخ الإقرار إذا كان المبيع منقولا، ومن تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقارا. فإقرار المالك ليس لـه أثر رجعي يعود به إلى تاريخ إبرام العقد، لأن البائع حينها لم يكن مالكا، وإنما أصـبح كـذلك بالإقرار الصادر من المالك فقط.

ويترتب على أن الملكية تنتقل للمشتري من تاريخ إقرار المالك لا من تاريخ إبرام العقد، عدم الإضرار بالحقوق التي رتبها المالك للغير على الفترة ما بين تاريخ إبرام العقـد وتـاريخ إقراره، فتنتقل هذه الحقوق مع المبيع إلى المشتري، لأنها بالإقرار تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، ولا يكون أمام المشتري والحالة هذه سوى الرجوع على البائع بضمان الاسـتحقاق الجزئي[2].

---

(1) قضي في محكمة النقض المصرية بأن بيع ملك الغير إقرار المالك به أثره، سريان العقد في حقه وانقلابه صحيحا في حق المشتري. أنظر طعن رقم 3227 سنة 54 ق جلسة 1989/3/16 س40 من خلال عبد التواب، المرجع في التعليـق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص448.

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 166، ص298. مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقـرة 296، ص708. سـلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 316، ص332. وأنظر كذلك قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه " إذا كـان أحـد ملاك العقار قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقي الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد

أما إجازة المالك لبيع الفضولي في الفقه الإسلامي، فهي تعتبر وكالـة لاحقـة بـالبيع، والوكالة اللاحقة كالوكالة السابقة، بمعنى آخر إن الإجازة حسب المفهوم الفقهي لها أثر رجعـي يستند إلى تاريخ إبرام العقد لا إلى تاريخ صدورها. وهذا ما نصت عليه المادة (396) من مرشد الحيران إذ تنص على أنه "إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع ويطالب الفضولي بالثمن إن كـان قبضه من المشتري وإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك لكن إن دفعه إليه صح الدفع وبرئ".

وقبل الانتقال إلى النتيجة الثانية المترتبة على إقرار المالك الحقيقي البيع الـوارد علـى ملكه دون إذنه، لابد من التذكير بأن هذا الإقرار قد يأخذ الشكل الصـريح وقـد يأخـذ الشـكل الضمني.

الفرع الثاني: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

يترتب على إقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير، تأكيد صحة هذا البيع فـي القانون الوضعي، وبالتالي سقوط حق المشتري في طلب إبطال هذا البيع.

ويتفق الفقه المصري، على أن سقوط حق المشتري في طلب الإبطال في حالـة إقـرار المالك للبيع، يشترط فيه أن يصدر هذا الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا كـان الإقرار لاحقا لرفع دعوى الإبطال، فليس للإقرار أي أثر، حتى لو لم يفصل القاضي بعد بدعوى الإبطال، ذلك أن القاضي ينظر في الدعوى كما هي يوم رفعها، وفي ذلك الوقت كان المشـتري صاحب الحق الوحيد في طلب الإبطال، وبالتالي يتوجب على القاضي أن ينظر دعوى الإبطـال

وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في المبيع. فإنهم متى أقروا البيع يسري في حقهم عملا بالمادة 467 من القـانون المدني". راجع الطعن رقم 260 لسنة 34ق جلسة 1967/12/28 س18 من خلال: محمد، السيد خلف، عقـد البيـع فـي ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص589.

بالرغم من صدور الإقرار من المالك في وقت لاحق، إذ لا يجوز أن يضار المشـتري بسـبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى(1).

ويلاحظ أن هناك اختلاف في الحكم بين الفقه الإسلامي الذي يأخذ بفكرة العقد الموقوف، إذ ليس للمشتري في ظل هذا الفقه حق الإجازة أو البطلان وإنما قد يكون له حق الفسـخ كمـا سبق أن قلنا.

الفرع الثالث: علاقة المالك بالمشتري

عندما يقر المالك الحقيقي البيع الوارد على ملكه من قبل الغير، ويسري هذا البيع فـي حقه، ويسقط حق المشتري في طلب إبطاله، أين يقع المالك في معادلة بيـع ملـك الغيـر بعـد الإقرار، بمعنى هل يحل المالك المقر محل البائع، فتقوم العلاقة التعاقدية بـين المالـك المقـر والمشتري مباشرة؟ أم هل ينضم المالك بعد الإقرار إلى البائع ليصبح ملتزما معه في مواجهـة المشتري؟ أم هل يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبـين ترتيب أثره في نقل الملكية؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ينشئ علاقة مباشرة بين المالك المقر والمشتري، فيحل المالك الحقيقي محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته قبل المشتري، وذلك من تاريخ إقراره. فيجوز للمالـك أن يطالـب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع، ويجوز للمشتري أن يطالب المالك بالتسـليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية. ويترتب على إقرار المالك البيع وعلـى تنفيذه الإلتزامات الناشئة عن العقد أن تبرأ أيضا ذمة البائع من هذه الإلتزامات. وإذا أخل المالك

(1) البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 292، ص421. مرقس، الـوافي، ج3، فقـرة 296، ص708. مرسي، العقود المسماة، مرجع سابق، فقرة 234، ص446. الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 355-356، ص211-213. وجاء في المرجع الأخير بأن هناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن الإجـازة الصـادرة مـن المالك تصحح العقد ما دامت تحصل قبل النطق بالبطلان فعلا، وحجتهم في ذلك أن المشتري لا يكسب برفع الدعوى حقـا جديدا. قارن فيما قلناه في صدد سقوط حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير في حالة كسب البائع ملكية المبيع ص 137 من البحث.

ببعض الإلتزامات الناشئة عن العقد كان البائع مسؤولا معه عن ذلك ولا تبرأ ذمة البائع من هذه الإلتزامات إلا بالوفاء بها من طرفه أو من طرف المالك[1].

وقد انتقد هذا الرأي – وبحق – على أساس أن الإقرار الذي يصدر بإرادة المالك وحده دون تدخل من المشتري، سيترتب عليه تغيير في شخص المدين بغير إرادة الدائن، وقد يكـون في ذلك ضرر به. إذ أن المالك قد يرهن المبيع بعد البيع وقبل الإقرار، فيسري هذا الرهن فـي حق المشتري، لأن الإقرار لا يؤثر في الحقوق التي يكون المالك قد قررها للغير قبـل صـدور الإقرار. وفي حالة كون المالك معسرا فلن يجد المشتري حقه في الرجوع عليه في الضمان[2].

الرأي الثاني: يتجنب هذا الرأي الانتقاد الموجه إلى الرأي الأول ويقول بانضمام المالك إلى العقد بحيث يصبح هو والبائع ملتزمين به، أي مسؤولين مسئولية مجتمعة في مواجهة المشتري[3].

إذ يتساءل صاحب هذا الرأي عن جدوى هذا الرأي في ظل المشاكل التي يثيرها النص المصري (1/468) بقوله "إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه " فهل المقصود بسريان العقد في حـق المالك، انضمام المالك بعد إقراره إلى العقد بحيث يصبح هو والبائع ملتزمين به؟ وبهذا يكـون صاحب هذا الرأي قد تجنب إلحاق الضرر في حق المشتري.

وإذا سلمنا بأن هذا الرأي يجنب المشتري من الضرر الذي قد يقع فيه[4] كما في الـرأي الأول، إلا أنه وبموجب هذا الرأي قد يلحق الضرر بالبائع، إذ قد يكون أساس إقرار المالك للعقد علاقة بين المالك وبين البائع، من شأن هذه العلاقة احتفاظ البائع بالثمن، ومع ذلك فإن انضـمام المالك إلى البائع في العقد من شأنه أن يبرأ ذمة المشتري إذا وفى بالثمن للمالك. لأن المشـتري ملتزم تجاههم تضامنيا[5].

---

(1) مرقس، الوافي، ج3، مرجع سابق، فقرة 296، ص709. البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقـرة 292، ص421.

(2) غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص29-30.

(3) منصور، البيع والمقايضة والإيجار، مرجع سابق، فقرة 113، ص246.

(4) ذلك أن المشتري يصبح مدين بالثمن لكل من البائع والمالك، فإذا وفى لأيهما برئت ذمته، وفي هذا مصلحة له.

(5) غانم، مذكرات في العقود المسماة، مرجع سابق، ص30.

الرأي الثالث: وهذا الرأي يتجه إلى أنه إذا اقتصر المالك على مجرد إقرار البيع، دون أن يبرم أي اتفاق بينه وبين البائع والمشتري بشأن الإلتزامات والحقوق التي رتبها العقد، فيجب أن يقتصر أثر الإقرار على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية، مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري كما هي بغير تغير[1].

وأتفق مع هذا الرأي الأخير، ذلك أن إقرار المالك للعقد، من شأنه نقل الملكية، دون أن نشرك المالك في هذا العقد، لا في علاقة مع المشتري ولا مع البائع، بل تبقى العلاقة كما هي، علاقة بيع بين مشتري وبائع، أجازها المالك لتسري في حق الجميع ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك بين المالك"صاحب الحق في الإقرار من عدمه" والمشتري. حينها نستطيع وضع تصور آخر لمفهوم الإقرار.

بالرغم من كل ما تقدم من آراء وانتقادات عليها، إلا أنني أرى أن على المشرع تنظيم آثار الإقرار الصادر من المالك، دون ذكر مصطلح الإقرار في عبارات النص السابق دون تفصيل ما يترتب عليه من آثار ونتائج.

أما إجازة البيع من قبل المالك في الفقه الإسلامي، من شأنها متى وقعت صحيحة، أن ينفذ البيع ويصير الفضولي بمنزلة الوكيل، فالإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وبما أن الفضولي يعتبر كالوكيل، فإننا نطبق الأحكام الخاصة بالوكالة، هذه الأحكام التي من شأنها أن ترجع حقوق العقد إلى الفضولي، كما ترجع إلى الوكيل، أما حكم العقد فينصرف إلى المالك[2].

---

(1) غانم، المرجع السابق. ويرى الدكتور إسماعيل غانم بأن هذا التصوير هو الذي يتفق والمعنى الشائع لاصطلاح "سريان العقد " فسريان العقد هو الاحتجاج به، كما يتضح من النص الفرنسي للمادة (1/468). والاحتجاج بالعقد على شخص معين، لا يعني أن يصبح هذا الشخص ملتزما بالإلتزامات التي يولدها ذلك العقد، ولا يعني أن يصير هو صاحب الحقوق الناشئة عنه. فهناك فرق بين الاحتجاج بالعقد وقوته الملزمة.

(2) السنهوري، مصادر الحق، ج5، ص136- 138. وراجع كذلك للمزيد حول حقوق العقد وحكمه المرجع المذكور، ص156 وما بعدها. والقوانين العربية هي الأخرى تأثرت بموقف الفقه الإسلامي في هذا الجانب، إذ تنص المادة (190) من القانون المدني المصري على أنه " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي " وتنص المادة (928) من القانون المدني العراقي على أنه " الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة " وهو نفس نص المادة (1453) من مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثالث: أحكام بيع ملك الغير في حالة البيوع المتتالية

وهو خاص بحالة ما إذا تصرف المشتري من البائع غير المالك بالمبيع مرة ثانية إلى شخص آخر[1] فما هو أثر هذا البيع بالنسبة للمشتري الثاني؟

إن من أهم خصائص التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، انتقال هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص لمشتري الشيء المبيع. لذلك فإن البائع الأصلي يظل ملتزما بضمان تعرض الغير في مواجهة المشتري الأول والثاني أيضا. وبالتالي إذا حكم للغير باستحقاق المبيع فإن هذا الحكم يسري في مواجهة المشتري الأول وعلى البائع الأصلي أيضا[2].

ويكون للمشتري الرجوع على المشتري الأول بالضمان على اعتبار أنه البائع الأصلي له، وذلك وفق قواعد ضمان الاستحقاق[3] بل ويكون له الرجوع على البائع الأصلي عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها وذلك على اعتبار أن المشتري الثاني دائنا لبائعه[4] ويرجع المشتري الثاني على البائع الأصلي بطريق الدعوى غير المباشرة لا بطريق الضمان متى وجد أن بائعه معسرا غير قادر على الوفاء، وبطريق الدعوى غير المباشرة يتتبع المشتري الثاني البائعين السابقين له حتى يصل إلى بائع مقتدر يستوفي منه حقه[5] دون أن يكون لهذا الأخير حق التضرر، لأنه من حق من اشترى منه الشيء المبيع الرجوع عليه بالضمان، إذا لم يرجع عليه المشتري الأخير بدعوى الضمان[6].

---

(1) يراعى في هذه المسألة محل الشيء المبيع، إن كان عقارا أم منقولا، وفي العقار يراعى مسألة التسجيل، ذلك أن القوانين المدنية العربية ليست على موقف واحد من هذه المسألة. ومحكمة النقض المصرية تقول عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان. راجع نقض 13 فبراير1936. أما إن كان المبيع منقولا نراعي أيضا مسألة كسب المنقول بالحيازة حسب موقف القوانين المقارنة كما سبق وشرحناها. راجع ماتم شرحه في الفصل الثالث من هذه الدراسة عن موقف القوانين العربية من العقار وانتقال ملكيته تفصيلا ص93 وما بعدها من البحث.

(2) تنص المادة (553) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا أستحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري منه ".

(3) طه، الوجيز في العقود المسماة، مرجع سابق، ص293. الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مرجع سابق، ص117.

(4) السنهوري، الوسيط، ج4، فقرة 344، ص655- 656.

(4) مرقس و امام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، ص350.

(6) الهلالي، البيع والحوالة والمقايضة، مرجع سابق، ص367.

وإذا استعمل المشتري الأخير الدعوى غير المباشرة للرجوع على أحد البائعين المقتدرين، فإنـه يكون معرضا لمزاحمة دائني هذا البائع، وبالتالي سيكون مجبرا في اقتسام ما حصله من البـائع مع باقي الدائنين، على اعتبار أنه نائب في رفع الدعوى، فكل ما حصله يدخل في الضمان العام للدائنين[1] ولكن في حالة نزول المشتري الأول عن حقه بالضمان لا يكون للمشتري أي حق قبل بائعه بأن يرفع عليه الدعوى غير المباشرة باعتباره دائنا للمشتري الأول يستعمل دعوى مدينـه لأنه غير دائن بالضمان في هذه الحالة[2].

لذلك لا يكون من سبيل أمام المشتري الأخير سوى الرجـوع علـى البـائع الأصـلي بالدعوى المباشرة[3] ودعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول قبل البائع تعتبر من ملحقـات المبيع التي تنتقل إلى المشتري الأخير دون حاجة إلى نص في عقد البيع[4].

والدعوى المباشرة التي يرفعها المشتري الأخير، هي نفـس دعـوى الضـمان التـي للمشتري الأول على البائع، انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني حتـى لـو اشـترط المشتري الأول على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع المبرم بينهما[5].

وبناء على ما تقدم، فإن المشتري الثاني يرجع على البائع الأصـلي بـدعوى الضـمان المقررة للمشتري الأول، باسمه الخاص باعتباره مالكا لها كبعض ملحقات البيع، لا باعتباره نائبا عن البائع[6].

---

(1) تنص المادة (367) من القانون المدني الأردني على أنه " يعتبر الدائن نائبا عن مدينه في استعمال حقوقه وكـل نفـع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه ".

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، ص565- 557.

(3) السنهوري، المرجع السابق.

(4) السنهوري، المرجع السابق، ص 565 - 557. الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سـابق، ص282. مرسـي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص298. وفي هذا المجال تنص المادة (490) من القانون المدني الأردني على أنه " يشـمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابـع المبيع ولو لم يذكر في العقد ".

(5) السنهوري، الوسيط، ج4، ص657.

(6) الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص282- 283. مرقس وإمام، عقد البيع في التقنين المـدني الجديـد، مرجع سابق، ص351.

وقد تثار مسألة بيع المالك ملكه مرتين فهل يعتبر في البيع الثاني قد باع غير ملكه، بعبارة أخرى هل نطبق في هذه الحالة على البيع الثاني أحكام بيع ملك الغير؟.

نعم نطبق على البيع الثاني الذي قام به المالك القديم على ملكه السابق أحكام بيع ملك الغير من الناحية المدنية، ويترتب على هذا البائع مسؤولية جزائية حسب القوانين الجزائية تحت عنوان النصب والاحتيال(1).

أما من الناحية المدنية فتكون مسؤولية هذا البائع تحت نطاق ضمان التعرض من الغير كما سبق ووضحنا. ولكن ما هو الحل لو أن المبيع كان عقارا وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل؟

في هذه الحالة وحسب الرأي المتفق عليه في الفقه المصري هو تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة على البائع بالتعويض، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه، لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه(2).

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من المسألة محل الدراسة، فقد قننه مرشد الحيران في المادة (497) والتي تنص على أن " الاستحقاق نوعان مبطل للملك وناقل له – فالنوع الأول وهو المبطل يوجب انفساخ العقود بين الباعة بلا فسخ القاضي فلكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه قبل الرجوع عليه...".

---

(1) راجع المادة (336) من قانون العقوبات المصري، والمادة 417 من قانون العقوبات الأردني. وراجع كذلك نص المادة (1/23) من قانون إيجار الأماكن رقم 136 لسنة 1981 المصري. والنص الأخير يقول " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالواسطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف للبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا ".

(2) السنهوري، الوسيط، ج4، ص335. أما الرجوع بالضمان إذا ما ثبت استحقاق الغير للمبيع استحقاقا كليا فهو يشمل: الثمن، قيمة التحسينات النافعة التي أحدثها في المبيع، الثمار، الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع. راجع في هذا الشأن المواد (505، 510 511) من القانون المدني الأردني. والمادة (443) من القانون المدني المصري.

فهذا النص واضح في حكمه بجواز الرجوع بالضمان في حالة البيوع المتتالية في الفقه الإسلامي[1] وهو ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (553) منه، وهو ما لم يفعله القانون المدني الأردني[2] وبالتالي فإن الحكم في ظل الفقه الإسلامي في حالة قيام شخص ببيع الشيء المبيع إلى شخص آخر، وقيام هذا الأخير ببيع هذا الشيء إلى شخص آخر من جديد، فإن البائع الأصلي يكون ملتزما بضمان تعرض الغير في مواجهة المشتري الأول والثاني على السواء، ذلك أن المشتري الثاني لو استحق المبيع في حكم قضائي فإن هذا الحكم يسري في مواجهة المشتري الأول والبائع الأصلي أيضا.

ويثار في الفقه الإسلامي مسألة أن المالك الحقيقي قد يقر البيع الحاصل من البائع الأول دون أن يكون لديه معرفة عن حقيقية البيع الثاني الذي أجراه البائع، فإذا أقر المالك البيع الأول هل يعتبر قد أقر البيع الثاني؟

اختلف الفقهاء المسلمون[3] في الإجابة على هذا السؤال على النحو التالي:

رأي يذهب إلى اعتبار الإجازة فقط بالنسبة للبيع الأول الذي أقره المالك، لأن البائع بتسليمه المبيع إلى المشتري يكون غاصبا، وإذا بيع المغصوب مرة أخرى من المشتري، ثم أجاز المالك أحد البيعين، ينفذ ما أجازه المالك فقط، لأن الغصب لا يزيل ملكه.

ورأي يذهب إلى أن إجازة المالك البيع الأول يعني تلقائيا إجازة البيع الثاني. لأن المشتري من الغاصب في هذه الحالة يبيع ملكه إلى المشتري الثاني.

---

(1) يستمد هذا الحكم مما ورد في حاشية ابن عابدين، ج5، ص116.

(2) بالرغم على عدم النص على مثل هذا الحكم إلا أننا نعتقد بضرورة تطبيقه في القانون الأردني لاتحاد الموقف بين القانون والفقه من جهة ولأن الغالبية العظمى من أحكام القانون المدني الأردني مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي وعلى الأخص الفقه الحنفي، إضافة إلى أن القانون المدني العراقي يعد مصدرا تاريخيا للقانون المدني الأردني.

(3) السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص132- 133. وراجع كذلك ما ورد في حاشية ابن عابدين، ج5، ص116.

الخاتمة

بما أن بيع ملك الغير يفترض من الناحية المنطقية نقل ملكية الشيء المبيع إلى الغير، مهدنا للموضوع بالتعرف على حقيقية عقد البيع من حيث كونه ناقلا للملك أم لا. وبعد الدراسة والبحث تبين لنا أن عقد البيع عقد ناقل للملك بمجرد انعقاده وهو ما قاله الفقه الإسلامي والقوانين العربية التي تأثرت به، بل والقوانين العربية التي تأثرت بالفقه الغربي مثل القانون المصري، بالرغم من أن بعض الفقه المصري ذهب إلى اعتبار عقد البيع عقدا يرتب على البائع التزاما بنقل الملكية وليس من شأن عقد البيع نقل الملكية بذاته.

وبعد هذا التمهيد جاء الفصل الأول في تحديد مفهوم بيع ملك الغير، ووجدت مفهوم هذا البيع لدى الفقهاء المسلمين أوسع وأدق من مفهومه لدى شراح القانون، إذ بالإضافة إلى أن كل شيء معين بالذات يعد بيعه من غير مالكه بيعا لملك الغير، إلا أن البيع دون وكالة قانونية أو نيابة شرعية هو أيضا بيعا لملك الغير. ومن تعريف بيع ملك الغير يظهر أن هناك ثلاثة شروط بتحققها نكون أمام بيع ملك الغير وهذه الشروط هي: أن نكون بصدد عقد بيع، أن يكون الشيء المبيع معينا بالذات، عدم ملكية البائع للشيء المبيع. وكل تصرف لا ينطبق عليه هذه الشروط يخرج عن نطاق بيع ملك الغير ليأخذ تكييف آخر يستقل به، وبهذا المعنى أخرجنا عن نطاق بيع ملك الغير التصرفات التالية: التعهد عن الغير، الوعد بالبيع، بيع الشيء المستقبل، بيع الشيء المعين بالنوع، تعليق البيع على شرط التمليك. وحتى يستوفي الموضوع حقه اخترت عنوانا أميز فيه بيع ملك الغير عما يشتبه به من أنظمة، ذلك أن هناك بيوعا لا نستطيع اعتبارها بيعا لملك الغير ومن جهة أخرى يصعب نفي صفة بيع ملك الغير عنها، مثل بيع الوارث الظاهر، وبيع الشريك جزء مفرزا من المال الشائع، وبيع الشريك كل المال الشائع. فهذه البيوع قد يعتبرها البعض بيعا لملك الغير ولكن وجود قواعد خاصة بها لتحكمها يخرجها من كونها بيعا لملك الغير كما في البيعين الأخيرين، أما البيع الأول فقد تكفل القضاء بوضع قواعد ثابتة تحكمه.

أما في الفصل الثاني من هذه الرسالة فقد حاولت تأصيل بيع ملك الغير فقهـا وقانونـا، فتناولت جميع النظريات القانونية التي قيلت في صدد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، فبحثـت في نظرية الفسخ، ونظرية العقد الموقوف، ونظرية البطلان المطلق، ونظرية البطلان النسـبي. وتوصلت إلى عدم صحة هذه النظريات لأنها لم تحيط بكل جوانب بيع ملك الغير، فاقتصرت كل نظرية على معالجة زاوية معينة، لهذا قلت بأن بيع ملك الغير باطل بطلانـا نسـبيا لمصـلحة المشتري فهو بطلان من نوع خاص. أما في الفقه الإسلامي فانحصرت النظريات التي قيلت في تأصيل بيع ملك الغير إلى نظريتين: نظرية البطلان، ونظرية العقد الموقوف، وكان لكـل مـن أنصار النظريتين حججه وأسانيده ووقفت في النهاية مع من قال بنظرية العقد الموقوف لما فيـه من يسر وتساهل في التعامل بين الناس وهو ما يريده دوما فقه الشريعة الإسلامية.

ولأن دراستي مقارنة ما بين القانون الوضعي والفقه الإسـلامي، فكـان لزامـا علينـا المقارنة ما بين نظامين موازيين في الفقه والقانون هما نظام العقد الموقوف في الفقه الإسـلامي ونظام البطلان النسبي في القانون الوضعي، وبعد الدراسة تبين لنا أن نظام العقد الموقوف يفوق نظام البطلان النسبي، فالأولى أن نقول أن بيع ملك الغير موقوف على إجازة المالك إن أجـازه نفذ في حقه وان لم يجزه يبطل دون أن يتضرر المالك من تصرف لا علاقة له به قطعا. علـى عكس العقد القابل للإبطال لمصلحة المشتري إذ لولا فكرة عدم النفاذ أو السريان لكـان العقـد ساريا في حق المالك. فلو قلنا بالعقد الموقوف لكنا في غنى عن الاستعانة بأي فكرة أخرى.

وفي الفصل الثالث بحثت في موضوع بيع عقار الغير، وبـدأت أولا بتحديـد الطبيعـة القانونية لبيع العقار في القانون والفقه، فاختلف موقف القوانين العربية من هذه المسألة، فبعضها اعتبر بيع العقار بيع رضائي والبعض الآخر اعتبر هذا البيع شكلي يحتاج إلى التسجيل وذلـك على خلاف الفقه الإسلامي الذي لم يفرق بين العقار والمنقول في البيع واعتبر البيع في جميـع الحالات عقد رضائي. وبعد أن حددنا الطبيعة القانونية لبيع العقار أصبح سـهل علينـا تحديـد الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير، وبهذا الشأن لم يتفق فقهاء القانون الذين نادوا برضـائية بيـع العقار، فانقسموا حول تحديد الطبيعة القانونية لبيع عقار الغير إلى ثلاثة آراء، فمنهم مـن قـال بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل، ومنهم من قال بصحة بيع عقار الغير قبل التسجيل وبعـده،

ومنهم من اعتبر بيع عقار الغير قابلا للإبطال بنص القانون. ورجحت الرأي الثالث على اعتبار أن قانون التسجيل المصري لم يغير من حقيقة عقد البيع الناقل للملكية سواء سجل العقـد أم لـم يسجل. أما القوانين التي جعلت من عقد بيع العقار عقدا شكليا من الطبيعي أن تكـون الطبيعـة القانونية في ظله هي بطلان هذا البيع بطلانا مطلقا.أما الفقه الإسلامي وكما عودنا على وحـدة حكمه فكان الحكم في ظله هو توقف آثار بيع عقار الغير على إجازة المالك. أما موقفنا من هذه المسألة تجلى في ضرورة التسجيل في البيع العقاري دون توقف صحة البيع من عدمه على هذا التسجيل كما هو الحال في القانون المدني المصري ولكن مع أخذنا بفكرة العقد الموقوف.

وأخيرا وفي الفصل الأخير عالجت أحكام بيع ملك الغير، فبدأت بأحكام بيع ملك الغيـر فيما بين المتعاقدين، فدرست في حالة قابلية بيع ملك الغير للإبطال، مدى أحقية المشتري والبائع بإبطال البيع، فالبعض قال بأحقية المشتري فقط بينما قال البعض الآخر بأحقيـة البـائع أيضـا بإبطال بيع ملك الغير على أساس القواعد العامة في الغلط، ورجحت الرأي الأول لأنه من غير المقبول الذهاب إلى القواعد العامة في ظل وجود الحكم في قواعد خاصة ببيع ملك الغير. أمـا الفقه الإسلامي الذي أخذ بفكرة الفسخ لا البطلان فمنهم من أعطى هذا الحق للبـائع والمشـتري معا، ومنهم من قرن هذا الحق بمدة معينة يستعمل خلالها وإلا اعتبر العقد نافذا.

وبعد ذلك انتقلت إلى مسألة حق المشتري في المطالبة بالتعويض، فثبت له هذا الحق إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فلا يكون له حق المطالبة بـالتعويض. دون أن يكـون لحسن أو سوء نية البائع أي أثر على حق المشتري في المطالبة بالتعويض. وكذلك الأمـر فـي الفقه الإسلامي فهو الآخر قد فرق في مسألة التعويض بين حالة علم المشتري بالفضالة وحالـة جهله بقيامها. ففي الحالة الأولى لا يكون له المطالبة بالتعويض، أما في الحالة الثانيـة أي فـي حالة حسن نية المشتري انقسم الفقهاء إلى قسمين، بعضهم لم يمنح المشـتري حـق المطالبـة بالتعويض، بينما البعض الآخر قد أعطاه هذا الحق. أما مصدر هذا التعويض المستحق للمشتري فحسب فقهاء القانون، يرده البعض على أساس المسؤولية التقصيرية أي خطأ البائع، والـبعض الآخر فرق في الحكم بين البائع حسن النية والبائع سيء النية، فجعلوا مصـدر التعـويض فـي الحالة الأولى نظرية الخطأ في تكوين العقد، وفي الحالة الثانية الخطأ التقصيري، وهذا هو مـا

نرجحه إذ لا يجوز نسبة الخطأ إلى البائع عندما يكون حسن النية. أما مصدر التعويض المستحق للمشتري في الفقه الإسلامي سواء كان البائع حسن النية أم سيئها هو الفعل الضار لأن المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي تقوم على الضرر لا على الخطأ.

أما في فرضية تصحيح بيع ملك الغير، فقد بحثت الحالات التي من شأن تحققها تصحيح بيع ملك الغير وهذه الحالات هي، حالة سقوط حق المشتري في رفع دعوى الإبطال بالتقادم، وحالة إجازة المشتري البيع، وحالة تملك المشتري المبيع العقار بالتقادم والمبيع المنقول بالحيازة.

وبعد الانتهاء من أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين، بحثت في أحكام هذا البيع بالنسبة للمالك ، وأول ما يتبادر إلى الذهن في هذا الجانب هو مسألة إقرار البائع البيع الوارد على ملكه أو عدم إقراره هذا البيع. ومن الضروري البحث عن مفهوم الإقرار والإجازة في القانون والفقه.

وبعد البحث تبين لنا أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان في تعريف الإجازة على أنها تصرف من جانب واحد لا يحتاج لقبول من الطرف الآخر، ويتفقان أيضا في الشروط التي تحتاجها الإجازة لصحتها من تنازل المجيز عن حقه في إبطال العقد، وأن يكون هذا المجيز ذا أهلية، وأن تكون إرادته سليمة وخالية من العيوب. ولكن بالإضافة إلى الشروط التي جاء بها القانون الوضعي لصحة الإجازة، جاء الفقه الإسلامي بشروط أخرى وهي وجود العاقدين والمحل والمجيز وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة.

وقبل الدخول في أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك ، كان لا بد من التفريق ما بين الإجازة والإقرار في القانون. فالإجازة تصدر من قبل من تقررت لصالحه وهو المشتري في بيع ملك الغير، أما الإقرار فيكون من حق المالك الذي لا ينفذ العقد في حقه.

والآن يسهل علينا دراسة أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمالك ، فبدأنا أولا في فرضية إقرار المالك للبيع، لذلك كان لا بد من دراسة العلاقات الناشئة عن هذا الإقرار، أي علاقة

المالك بالمشتري، ذلك أن المالك يظل أجنبيا عن عقد بيع ملك الغير، وبالتالي لا ينصرف أثـر العقد عليه سواء أجاز المشتري البيع أم لم يجزه. أما في حالة تسلم المشتري المبيع من البـائع، يكون من حق المالك الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق وبدعوى التعويض. أما علاقـة المالك بالبائع، يتوقف الحكم بها على معرفة ما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أم لـم يسلمه إياه، فإذا كان قد سلمه للمشتري فيكون له حينها الحق في استرداده عن طريـق دعـوى الاستحقاق، أما إذا لم يسلمه المبيع وكان المشتري قد كسب ملكية المبيع عن طريق الحيازة فـي المنقول والتقادم في العقار فلا يكون أمام المالك من سبيل سوى التعويض. ويترتب على إقرارا المالك للبيع الوارد على ملكه عدة نتائج مثل سريان البيع في حق المالك، وسقوط حق المشتري في طلب الإبطال، ونشوء علاقة بين المالك والمشتري.

وأخيرا بحثت في أحكام بيع ملك الغير في حالة البيوع المتتالية أي فـي حالـة مـا إذا تصرف المشتري من البائع غير المالك بالمبيع مرة ثانية إلى شخص آخر و أثـر هـذا البيـع بالنسبة للمشتري الثاني فالبائع الأصلي يظل ملتزما بضمان تعرض الغير في مواجهة المشـتري الأول والثاني أيضا. وبالتالي إذا حكم للغير باستحقاق المبيع فإن هذا الحكم يسري في مواجهـة المشتري الأول وعلى البائع الأصلي أيضا. وموقف الفقه الإسلامي من مسألة البيوع المتتالية أي أن الحكم في ظل الفقه الإسلامي في حالة قيام شخص ببيع الشيء المبيع إلى شخص آخر، وقام هذا الأخير ببيع هذا الشيء إلى شخص آخر من جديد، فإن البائع الأصلي يكون ملتزما بضمان تعرض الغير في مواجهة المشتري الأول والثاني على السواء، ذلك أن المشـتري الثـاني لـو استحق المبيع في حكم قضائي فإن هذا الحكم يسري في مواجهة المشتري الأول والبائع الأصلي أيضا.

الاقتراحات والتوصيات:

1- من جملة دراستي **للقانون المدني المصري،** وبالنظر إلى الملاحظات التي أبديتها في حينـه على مسلك المشرع المصري، فإنني أقترح عليه ما يلي:

أ- تعديل نص المادة (418) من القانون المدني والتي تنص على أن "البيع عقد يلتزم به البـائع أن ينقل للمشتري شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " لتصبح على النحو التالي:

"البيع عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي" وبهذا النص يعود لعقـد البيع حكمه الأصلي ألا وهو نقل الملكية بمجرد الانعقاد.

ب- لقد بنى فقهاء القانون المدني المصري حكمهم لبيع الشريك كل المال الشائع علـى الـنص الذي عالج مسألة بيع الشريك جزء مفرزا من المال الشائع، وبناء على هذا النص قد فرقوا بـين حالة علم وجهل المشتري بحالة الشيوع وقرروا أحكاما مختلفة على هذا الفرق، ولأن بيع كـل المال الشائع كما هو واضح من تسميته من شأنه أن يقع على كل المال الشـائع وبالتـالي قـد يستطيع البائع أن يخلص هذا الملك لنفسه لينتقل إلى المشتري، فإن فقهاء القانون والحالـة هـذه فإن الحكم قد يكون يسير عليهم، على عكس حالة عدم استطاعة البائع تخليص الملك لنفسه، ففي الحالة الأخير اختلف الفقهاء في الحكم، فمنهم من منح المشتري حق الفسخ ومنهم من أعطاه حق الإبقاء على الملكية مع إنقاص الثمن، وقد كنا بالوسط ما بين الرأيين لنوازن ما بين الحقـوق إلا أننا مع ذلك نوصي المشرع المصري بإفراد نص خاص ينظم هذا النوع من البيوع في حال إن وقع لا سيما وأننا كنا قد أخرجناه من كونه بيع لملك الغير للأسباب التي وضحناها سابقا والتـي من أهمها " القياس " على النص الخاص ببيع الشريك جزء مفرز من المال الشائع، لهذا كله فإننا ننصح المشرع المصري تضمين قانونه المدني نصا يعالج مثل هذا البيع.

ج- إن فقهاء القانون المدني المصري قد اختلفوا في تأصيل بيع ملك الغير، والسبب في ذلك أن القانون المدني المصري اعتبر هذا البيع قابلا للإبطال من جهة وغير نافذ فـي حـق المالـك الحقيقي من جهة أخرى وبهذا لم يجعل له حكما واحدا. أما لو أخذ المشرع المصري بفكرة العقد

الموقوف لكان بيع ملك الغير موقوفا على إجازة المالك وحده، وهـذا يحقـق الحمايـة للمالـك الحقيقي الذي حصل البيع على ملكه دون علمه وإذنه. لهذا نقترح على المشرع المصري الأخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال. ليصبح بيع ملك الغير بيعا موقوفا بدلا من كونه قابلا للإبطال.

د- استنادا على الاقتراح السابق نقترح بضرورة إجراء تعديل تشريعي فـي القـانون المـدني المصري فيما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى: صحيح وباطل وموقوف وبالتالي تصبح حالات العقد القابل للإبطال في القانون المدني المصري هي نفس حالات العقد الموقـوف وهي تصرفات ناقص الأهلية ومعيب الإرادة وبائع ملك غيره.

ه- لقد نصت المادة (1/468) من القانون المدني المصري على أنه "إذا أقر المالك البيع سـرى العقد في حقه "ولم توضح هذه المادة الآثار التي تترتب على هذا الإقرار، بمعنى هل يحل المالك محل البائع في مواجهة المشتري؟ أم ينضم المالك إلى جانب البائع في مواجهـة المشـتري؟ أم تبقى العلاقة التعاقدية كما هي بين البائع والمشتري اللهـم أن الملكيـة بـالإقرار تنتقـل إلـى المشتري؟هذا لم يوضحه القانون المدني المصري وتركه لاجتهاد الفقهاء، وحبذا لو كان هنـاك نص يقطع هذا الخلاف لأننا أمام مسألة جديرة بالاهتمام. ونقترح أن يكون هنـاك نـص علـى النحو التالي:

"إقرار المالك للعقد يعني انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري مع بقاء العلاقة التعاقدية بـين البائع والمشتري كما كانت ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك".

2- أما في ظل القانون المدني الأردني، فنقترح ما يلي:

أ- بالرغم من أن المشرع الأردني كان موفقا في جعله حكم عقد البيع نقل الملكية، إلا أنـه لـم يكن موفقا في ترتيبه للنصوص المنظمة لعقد البيع، إذ هذا الترتيب يدل على أن حكم عقد البيـع ترتيب التزام على البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وبالتالي فإننا نقترح على المشـرع الأردنـي

إلغاء عنوان نقل الملكية تحت عنوان التزامات البائع حتى لا يتبادر إلى ذهن القارئ أن نقل الملكية التزام يقع على البائع بموجب عقد البيع.

ب- لقد تعارض المشرع الأردني مع نفسه في نص المادة (2/1031) من قانونه المدني عندما قرر حق المشتري في إبطال التصرف. ذلك أن هذه المادة تتحدث عن حالة ما إذا وقع المشتري في غلط وهو جهله بحالة الشيوع، ونحن نعلم بأن الحكم في القانون الأردني هو الفسخ في حالة الغلط كما هو منصوص عليه في المواد (159- 154) بل إن المشرع الأردني لا يعرف نظام البطلان النسبي، لهذا كان عليه أن يبحث في حل آخر غير أن يجعل العقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وليس غريبا في هذا المجال أن نوصي بأن يبقى المشرع الأردني على موقفه المتأثر في الكثير من أحكامه في الفقه الإسلامي، وبالتالي أن ينص على وقف آثار هذا البيع على إرادة الشركاء الآخرين كما هو الحكم عند الحنفية، أو أن ينص على بطلان هذا البيع ابتداء كما هو الحكم عند الظاهريين - وهو ما نميل إليه- إذ من شأن هذا البيع أن يلحق الضرر في حقوق باقي الشركاء، وسبق أن نص المشرع الأردني على قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" و " الضرر يزال " وبهذا الحل يكون المشرع الأردني متناسقا مع أحكامه لا سيما أن التشريعات التي نظمت هذا البيع- كما رأينا – لا زالت في حيرة من أمرها بشأن أساس البطلان في هذا البيع، فتارة يردونه إلى القواعد العامة وتارة أخرى إلى بيع ملك الغير.

ج- يبدو أن المشرع الأردني قد تأثر في صياغة المادة (551) بالمادة (467) من القانون المدني المصري، مما أوقعه في خطأ في الصياغة، ذلك أن صياغة النص على النحو الذي تم فيه يتفق مع موقف المشرع المصري الذي أخذ بنظام البطلان النسبي، ولا يتفق مع موقف المشرع الأردني الذي أخذ بنظام العقد الموقوف. لهذا فإننا نقترح تعديل نص المادة (551) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه "1- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري.

2- وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد"

والنص المقترح هو:

"1- إذا أجاز المالك البيع نفذ العقد في حقه ولزم المشتري.

2- ويلزم العقد المشتري أيضا إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد بإبرام العقد"

د- نتمنى على المشرع الأردني النص على مدة لسقوط الحق في إجازة العقد أو نقضه كما فعل المشرع العراقي في المادة (2/136) فبهذه المدة لا يتوقف عقد الفضولي إلى ما لا نهاية، فنقترح النص التالي:

"1-خيار الإجازة من عدمه يجب أن يستعمل خلال مدة سنة فإذا لم يصدر خلال هذه المدة مـا يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا.

2- ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد".

هـ- للأسف لقد خالف المشرع الأردني مصدره الرئيس "الفقه الإسلامي" في مسألة بيع العقـار، فأخذ بمبدأ الشكلية في انعقاد عقد بيع العقار، وبذلك يكون الحكم في القانون الأردني بطلان بيع العقار إذا ما تم خارج دائرة التسجيل، وكنا نتمنى لو أن المشرع الأردني استمر فـي سياسـته واعتبر البيع العقاري بيعا رضائيا كما هو حال الفقه الإسلامي، وبالتالي يكون بيع عقار الغيـر موقوفا على إجازة المالك، ذلك أن القول بتوقف أثر بيع عقار الغير على إجازة المالك، فيه مـن التعاون والتساهل في المعاملات بين الناس، ما يفوق فكرة البطلان، التي تجعل العقد في مثابـة العدم، والعدم يهمل، وهو ما يؤدي إلى إهمال كلام العقلاء. ولهـذا نقتـرح إلغـاء النصـوص القانونية التي تجعل من عقد بيع العقار في الأردن عقدا شكليا.

ز- في موضوع البيوع المتتالية كنا قد أوضحنا بأن حق التعويض ينتقل إلى الخلـف الخـاص للمشتري في العين المباعة، وهذا يعني أن البائع الأول يكون ملتزما في تعويض المشتري الأول والثاني، لهذا نقترح على المشرع الأردني تضمين قانونه المدني نصا خاصا يحكم هذه المسـألة كما فعل نظيره العراقي. وأقترح في هذا الجانب النص التالي:

"في حال توالي البيوع يكون لكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه قبل الرجوع عليه".

3- أما بالنسبة للمشرع اللبناني:

نقترح على المشرع اللبناني ما كنا قد اقترحناه على المشرع المصري مع مراعاة الاقتراحين التاليين:

أ- تعديل نص المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي تنص على أنه "إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالما بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك" لتصبح على النحو التالي:

"إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري متى كان الأخير يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع" وبهذا النص نعوض المشتري حسن النية دون النظر إلى سوء أو حسن نية البائع، ذلك أن المشتري هو الأولى بالرعاية في حالة بيع ملك الغير، فمتى كان المشتري جاهلا بملكية المبيع للغير يستوي في ذلك إن كان البائع حسن النية أو سيئها.

ب- بما أن المشرع اللبناني يأخذ بنظام البطلان النسبي وكنا قد اقترحنا على المشرع المصري الأخذ بنظام العقد الموقوف، نفس الاقتراح نقترحه على المشرع اللبناني، ومع ذلك نقترح على المشرع اللبناني إن بقي على موقفه تعديل نص المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي تنص على أنه "بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية:

2- إذا أجازه المالك..."

ليصبح النص على النحو التالي:

"بيع مال الغير قابل للإبطال في الأحوال التالية..." ذلك أن المشرع اللبناني قد وقع في خطأ عندما قال "باطل" وكان الأحرى به أن يقول "قابل للإبطال" لأن العقد الباطل لا يصحح بالإجازة المنصوص عليها في الفقرة التالية من نفس المادة.

4- **أما بالنسبة للمشرع العراقي** فقد كان موفقا في الكثير من أحكامه في معالجته بيع ملك الغير تحت عنوان العقد الموقوف ومع ذلك فإننا نقترح على المشرع العراقي الاقتراح التالي:

- حبذا لو أن المشرع العراقي يأخذ بالتجربة المصرية في شهر عقد بيع العقار، ليكون عقد بيع العقار عقدا رضائيا، اللهم أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بإجراء الشهر في الدائرة المختصـة. فبهذا الحكم لا نقضي على التصرفات التي يجريها الناس لمجرد تخلف إجراء شكلي.

5- **أما المشرع الفلسطيني:**

تعد هذه التوصيات والإقتراحات التي تقدمت بها للقوانين المقارنـة فـي الدراسـة توصـيات وإقتراحات للمشرع الفلسطيني لا سيما أن المشرع الفلسطيني لم يصادق على مشروع القانون المدني.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع

ابن جزى، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي: **القوانين الفقهية،** الرباط، مطبعة الأمنية، 1379هجري.

ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبـي الأندلسـي: **بدايـة المجتهد ونهاية المقتصد،** ج2، ط2، بيروت، دار الكتـب العلميـة، 1420هجـري-2000م.

ابن عابدين، محمد أمين: **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،** ج4-5، ط2، دار الفكر، 1962م.

ابن قدامة، عبد ا بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمـد: **المغنـي،** ج4 – 6، ط3، مطبعـة المنار، 1367هجري.

ابن منظور، كمال الدين بن مكرم: **لسان العرب،** ج8، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر 1975م.

ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي: **الأشباه والنظـائر،** القـاهرة، دار الطباعـة العـامرة، 1290هجري.

ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي: **البحر الرائق شرح كنز الـدقائق،** ج6، بـدون طبعـة، القاهرة، بدون ناشر، 1334هجري.

الباز، سليم رستم: **شرح المجلة،** المجلد الأول، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1304هجري.

البدراوي، عبد المنعم: **الوجيز في عقد البيع،** بدون طبعة، مكتبة سيد عبدا وهبة، 1970م.

بودي، حسن محمد محمد: **حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني،** الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م.

البوطي، محمد توفيق رمضان: **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيـع علـى شـرعيتها،** ط1، دمشق، دار الفكر، 1998م.

تناغو، سمير عبد السيد: **عقد البيع**، بدون طبعة، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.

الجمال، مصطفى: **البيع في القانونين اللبناني والمصري**، بدون طبعة، الدار الجامعية، 1986م.

جمعة، عبد الرحمن: **بيع ملك الغير، دراسة مقارنة**، ط1، عمان، دار وائل للطباعة والنشر، 1998م.

حسنين، محمد: **عقد البيع في القانون المدني الجزائري**، ط2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.

حسين، محمد عبد الظاهر: **دعاوى عقد البيع**، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995م.

الحكيم، جاك يوسف: **العقود الشائعة أو المسماة، عقد البيع**، بدون طبعة، منشورات جامعة دمشق، بدون سنة نشر.

الحكيم، عبد المجيد: **الموجز في شرح القانون المدني العراقي**، ج1، مصادر الإلتزامات، بدون ناشر، 1960م.

الحكيم، عبد الهادي: **عقد الفضولي في الفقه الإسلامي**، بدون طبعة، بدون ناشر، 1979م.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الكتاب الأول، البيوع، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991م.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الرابع، الكتاب الرابع، الدعوى، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991م.

خضر، خميس: **عقد البيع في القانون المدني**، بدون طبعة، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972م.

الخفيف، علي: **الملكية في الشريعة الإسلامية**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م.

داغي، علي محمد الدين علي القرة: **مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بالفقـه الإسـلامي والقانون المدني**، ج1، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 2002م.

الدحدوح، سالم حماد: **الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقـاري**، ط3، بـدون ناشر، 1998م.

الدردير، أحمد الدردير أبو البركات: **الشـرح الكبيـر**، ج3، بـدون طبعـة، بـدون ناشـر، 1309هجري.

الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المطبعـة الأزهرية، 1309هجري.

الدناصوري، عز الدين، بالاشتراك مع عبد الحميد الشواربي: **المشكلات العمليـة والـدعاوى والدفوع في عقد البيع**، ط3، بدون ناشر، 2004م.

الزحيلي، محمد: **العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار**، بدون طبعة، دمشق، مطبعـة دار الكتاب، 1988هجري- 1989م.

الزرقاء، مصطفى أحمد: **العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة**، ط6، دمشـق، مطـابع فتـى العرب، 1965م.

الزرقاء، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**، ج1، ط2، دمشق، دار القلم، 2004م.

الزرقاء، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**، ج2، ط2، دمشق، دار القلم، 2004م.

الزعبي، محمد يوسف: **العقود المسماة شرح عقد البيع في القـانون الأردنـي**، ط1، الأردن، بدون ناشر، 1993م-1414هجري.

زكي، محمود جمال الدين: **قانون عقد البيع في القانون المدني**، بدون طبعة، جامعة الكويت، 1974- 1975م.

السرخسي، أبي بكر بن محمد بن سـهل السرخسـي: **المبسـوط**، ج13، ط1، دار السـعادة، 1331هجري.

سعد، نبيل إبراهيم: **العقود المسماة، عقد البيـع**، ط2، الإسـكندرية، دار الجامعـة الجديـدة، 2004م.

سلطان، أنور بالاشتراك مع جلال العدوى: **العقود المسماة، عقد البيع**، بدون طبعة، مصر، دار المعارف، بدون سنة نشر.

سلطان، أنور: **العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة**، بـدون طبعـة، بيـروت، دار النهضة العربية، 1980م.

سلطان، أنور: **مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني**، ط1، عمان، منشـورات الجامعـة الأردنية، 1987م.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التـي تقـع علـى الملكية، البيع والمقايضة**، ج4، المجلد الأول، بـدون طبعـة، القـاهرة، دار النهضـة العربية، 1960م.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عـام، مصادر الإلتزام**، ج1، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1952م.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عـام، الإثبات وآثار الإلتزام**، ج2، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956م.

السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج5، ط1، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1954م.

السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج6، ط1، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1954م.

السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4، ط1، لبنان، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1954م.

الشافعي: **الأم**، ج3 بدون طبعة، القاهرة، 1352هجري.

شحاتة، شفيق: **النظرية العامة للتأمين العيني**، بدون طبعة، بدون ناشر، 1952م.

الشرقاوي، جميل: **شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991م.

الشرقاوي، جميل: **نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993م.

شعلة، سعيد أحمد: **قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عاما 1931-1994**، بدون طبعة، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار**، ج5، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1421هجري- 2000م.

الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1416هجري-1995م.

الصراف، عباس: **شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي**، دراسة مقارنة، بدون طبعة، الكويت، دار البحوث العلمية، بدون تاريخ نشر.

طلبة، أنور: **عقد البيع في ضوء قضاء النقض**، بدون طبعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.

طه، غني حسون: **الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع**، ج1، بدون طبعة، بغداد، مطبعة المعارف، 1969- 1970م.

عبد التواب، معوض: **الوسيط في دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع على البيع**، ط6، بدون ناشر، 1997م.

عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، ج2، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998م.

العبيدي، علي: **العقود المسماة في البيع والإيجـار**، ط2، الأردن، المركـز القـومي للنشـر، 1999م.

العطار، عبد الناصر توفيق: **البداية في شرح أحكام البيع**، بدون طبعة، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

عمران، محمد علي: **شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي**، بـدون طبعـة، ليبيـا، المكتبة الوطنية، بدون سنة نشر.

غانم، إسماعيل: **مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع**، بدون طبعة، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، 1958م.

الغزالي، محمد بن محمد أبي الغزالي: **الوسيط في المـذهب**، ج1، مطبعـة الآداب والمؤيـد، مصر، 1317هجري.

الغياثي، لاشين محمد يونس: **بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي**، ط1، مصـر، مكتبة جامعة طنطا، 1986م.

فرج، توفيق حسن: **عقد البيع والمقايضة**، بدون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، بـدون سـنة نشر.

فرج، عبد الرزاق حسن: **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقـانون المدني**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969م.

الفضل، منذر بالاشتراك مع صاحب الفتلاوي: **العقود المسماة**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشـر والتوزيع، 1993م.

الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة**، بدون طبعة، عمـان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997م.

قدري، محمد قدري باشا: **كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحـوال الإنسـان**، تقـديم وتعليـق وفهرسة صلاح الدين الناهي، ط1، عمان، الدار العربية للتوزيع والنشر، 1987م.

القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي: **الفـروق**، ج3، القاهرة، 1344هجري.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج6-7، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002م.

كامل، رمضان جمال: **أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء**، ط4، المنيا، دار الألفي، 1998م.

كيرة، حسن: **أصول القانون المدني، ج1، الحقوق العينية الأصلية**، بدون طبعة، الإسـكندرية، منشأة المعارف، 1965م.

المحلي، **ابن حزم**: ج8، بدون طبعة، مصر، بدون ناشر، 1350هجري.

المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي، بالاشتراك مع جلال الدين عبد الـرحمن بن أبي بكر السيوطي: **تفسير الجلالين**، بدون طبعة، القاهرة، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.

محمد، السيد خلف: **قضاء النقض في الملكية في خمس وخمسين عامـا**، ط1، القـاهرة، دار الطباعة الحديثة، بدون سنة نشر.

المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان: **الإنصاف**، ج4، المحمدية، مطبعـة السـنة المحمديـة، 1374هجري.

مرسي، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة**، ج6، عقـد البيـع وعقـد المقايضة، بدون طبعة، المطبعة العالمية، 1953م.

مرقس، سليمان بالاشتراك مع محمد علي إمام: **عقد البيع في التقنين المدني الجديـد**، بـدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1973م.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**، ج3 في العقود المسماة، المجلد الأول، عقـد البيع، ط5، بدون ناشر، 1990م.

المقري، أحمد بن علي: **المصباح المنير**، ط1، القاهرة، دار الحديث، 2000م.

منصور، منصور مصطفى: **البيع والمقايضة والإيجار**، بدون طبعة، بدون ناشر، 1956م.

الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف: **الوجيز في القوانين المرعيـة فـي الجمهوريـة العراقيـة والأردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الإلتزامات، المصادر الإرادية**، بدون طبعة، عمان، مطبعة البيت العربي، 1984م.

نجيدة، علي: **الوجيز في عقد البيع**، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003م.

النداوي، آدم وهيب: **العقود المسماة في القانون المدني، البيـع والإيجـار**، ط1، عمـان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999م.

النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: **المجموع شرح المهذب في فقه الشـافعية**، ج9، القاهرة، المطبعة المنيرية، بدون سنة نشر.

الهلالي، أحمد نجيب: **البيع والحوالة والمقايضة**، شرح القانون المدني في العقود، ج1، مصر، مطبعة الاعتماد، 1924- 1925م.

الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام: **الفتاوى الهندية في مـذهب الإمـام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، ج3، بدون طبعة، القاهرة، 1310هجري.

الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحـد السيواسـي: **فـتح القـدير شـرح الهدايـة**، ج5، 1316هجري.

الوكيل، شمس الدين: **نظرية التأمينات في القانون المدني**، ط2، بدون ناشر، 1959م.

يحيى، عبد الودود: **دروس في العقود المسماة، البيع والتأمين**، بـدون طبعـة، القـاهرة، دار النهضة العربية، 1978م.

يكن، زهدي: **شرح قانون الموجبات والعقود**، ج7، القسم الثاني في العقود المسماة البيـع، ط1، بيروت، دار الثقافة، بدون سنة نشر.

الدراسات والأبحاث

الألفي، محمد جبر: **الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الأوسط**، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الثالث، 1980م.

بدوي، حلمي بهجت: **بطلان بيع ملك الغير علة هذا البطلان**، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، 1931م.

الحكيم، جاك يوسف: **بيع ملك الغير في القانون المدني السوري**، مجلة الحق والعروبة، المحامون، الصادرة عن نقابة المحامين بدمشق بإشراف نقابة المحامين السورية، السنة 34، العددان السابع والثامن، تموز أب 1969م.

حورية، كميح: **بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جوان، 1983م.

عبد البر، محمد زكي، **العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري**، مقالة في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والعشرون، القسم (1).

العبيدي، علي: **ملاحظات ومقترحات على بعض نصوص عقد البيع في القانون المدني الأردني**، مجلة إربد للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد الأول، آب. 1998م.

منصور، منصور مصطفى: **تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، السنة السادسة، يناير 1964م.

ثانيا: المصادر

القوانين

قانون التسجيل العراقي رقم (43) لسنة 1971م.

قانون التسجيل المصري لسنة 1923م.

قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953م.

قانون الشهر العقاري اللبناني رقم (188) الصادر في 15 مارس 1926م.

قانون الشهر العقاري المصري رقم (114) لسنة 1946م.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين.

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الصادرة عن المكتب الفني لنقابة المحامين.

قانون الملكية العقارية اللبناني الصادر بالقرار رقم (3339) لسنة 1930م.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932م.

قانون انتقال الأراضي رقم (39) لسنة 1920م.

قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952م.

قانون تسوية حقوق ملكية الأراضي رقم (9) لسنة 1928م.

قانون رسوم تسجيل الأراضي رقم (39) لسنة 1920م.

مجلة الأحكام العدلية لسنة 1869م.

مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

نظام تسجيل الأراضي رقم (1) لسنة 1953م.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Sale of a Properly Belongs to Another

A Compartive Study Under
Positive Law & Islamic Jurisprudence

Prepared by
Ayman Mohammed Hussein Nasser

Supervisor
Dr. Ali Al–Sartawi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Special Law, Faculty of Graduate Studies, at An- Najah National University, Nablus, Palestine.

2006

Sale of a Properly Belongs to Another
A Compartive Study Under
Positive Law & Islamic Jurisprudence
Prepared by
Ayman Mohammed Hussein Nasser
Supervisor
Dr. Ali Al–Sartawi

Abstract

The subject of this research is the issue. Sale of a properly Belongs to Another a Compartive Study under Positive Law & Islamic Jurisprudence.

The research includes a preliminary section where I stated the essence of sale in language, law & doctrine where I have compared among these three concepts.

In the first section, I've tackled the concept of sale in the positive law & Islamic jurisprudence, comparing between these two concepts. Then I've limited the range Sale of a properly Belongs to Another, determining what might be included in this sale or not, distinguishing it from a few other suspected systems.

In the second section, I've dealt with the issue of legal nature for the Sale of a properly Belongs to another in the positive law, discussing the theories said in this concern as follows:

1. The theory of cancellation;

2. The theory of absolute nullity;

3. The theory of relative nullity;

4. The theory of suspended contract;

5. The theory of annulment, for a special kind.

Then I dealt with the theories said in rooting the. Sale of a properly Belongs to Another according to the Islamic jurisprudence; such as:

1. The theory Sale of a properly Belongs to Another cancellation;

2. The theory Sale of a properly Belongs to Another stopping.

Then I compared between the two doctrines: the Islamic & legal in determining the lawful nature Sale of a properly Belongs to Another where I studied the rule of suspended contract & the rules of contract liable to cancellation; as well as which of the two contracts is more appropriate for the case Sale of a properly Belongs to Another.

In the third section, I researched the subject Sale of a properly Belongs to another where I started with determining the legal nature of real-estate sale in the positive law & Islamic jurisprudence, comparing between the two trends. Then, I moved to limiting the nature of the lawful nature for the selling Sale of a properly Belongs to Another according to the positive law & Islamic jurisprudence, comparing between the two concepts, the lawful & doctrinal from the issue Sale of a properly Belongs to Another.

In the fourth section, I took the rules Sale of a properly Belongs to Another where I studied first the rules Sale of a properly Belongs to Another between the contracting parties; and the right of the buyer & seller in revoking the Sale of a properly Belongs to Another and the position of Islamic jurisprudence in this concern; as well as the extent of buyer's right to claim compensation according to the two doctrines: the legal & Islamic; as well as the source of this compensation on the basis of the lawful &

Islamic trends. Then, I took the cases of correcting the Sale of a properly Belongs to Another, sush as,

1. The lapse of buyer’s right to sue for an action-at-law against annulment by prescription;

2. The licensing of buyer for the sale;

3. The possession of buyer for the sale;

4. The possession of seller for the sale.

Then, I took the rules Sale of a properly Belongs to Another according to the true proprietor where I studied the issue of fixing or licensing the proprietor for the sale inscribed on his proprietorship. This needed at first studying the concepts of fixing & licensing according to the lawful & Islamic concepts; as well as the difference between the two terms in the shade of the two doctrines. And I moved afterwards to the hypothesis of not confirming the proprietor for the sale where in this supposition there were two relations for the true proprietor: the 1st, his relation with the buyer; and the 2nd, his relation with the seller. Yet, in the hypothesis of fixing the true seller for the sale, three results have emerged:

1. The validity of selling in the right of the proprietor;
2. The lapse of the buyer’s right to claim for annulment;
3. The relation between the true proprietor & the buyer.

Finally, I researched the rules of 3rd. Party’s Sale in the case of successive sales. Then, there was the end which included the results of the research and recommendations.